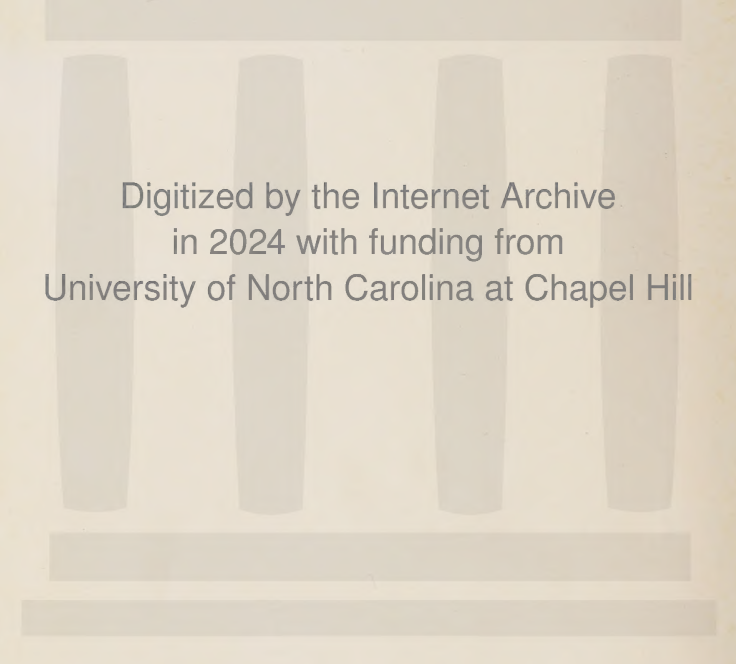
ANOTACIONES PROFESIONALES

CARMONA



ANOTACIONES

PROFESIONALES

POR EL DOCTOR

JUAN CARMONA

Abogado de la Repûblica

Doctor en Ciencias Políticas de la

Universidad Central



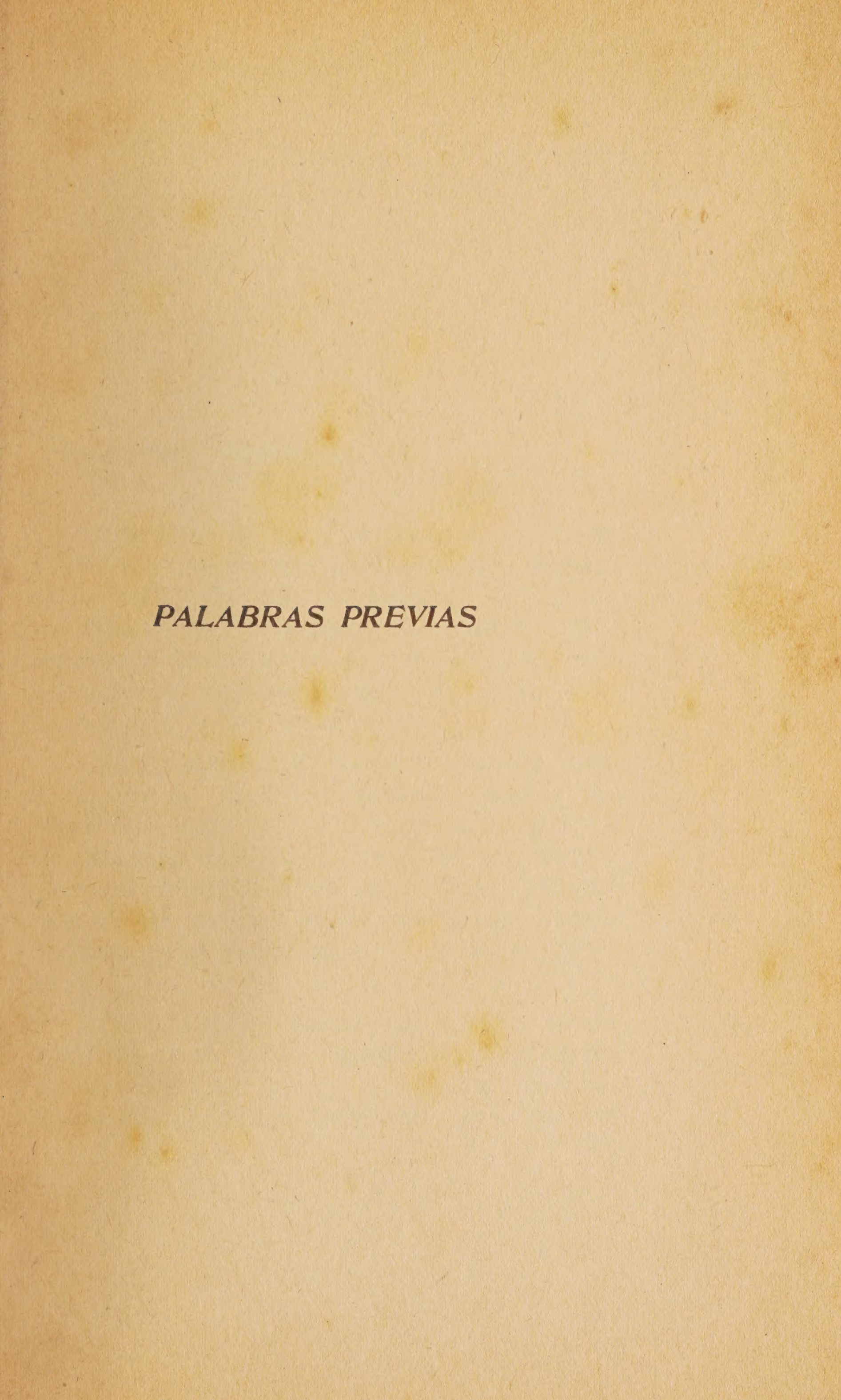
Empresa El Impulso.--Barquisimeto.--1924

DEDICATORIA

A mi padre, Federico Carmona;
a mis hermanos, Rafael Lozada
y Jesús Carmona,

a cuya noble generosidad debo la carrera científica que me condujo al Foro, con la más ardiente y constante de las vocaciones.

Juan Carmona.



PALABRAS PREVIAS

Palabras previas

Este libro no tiene un fin económico: será repartido gratuitamente entre nuestros colegas; ni un fin de réclame profesional: casi todos los estudios que lo integran se refieren precisamente a los casos en que no hemos obtenido éxito, porque nuestros derechos han sido abatidos por el error judicial.

En la mayoría de nuestros asuntos judiciales hemos triunfado, podemos decirlo sin falsa modestia: los Tribunales han reconocido nuestros derechos, o sean, los de nuestros clientes. Hemos sentido entonces la satisfacción de ver rectamente aplicada la ley: comentar esos casos carece para nosotros de importancia.

En cambio, la damos muy grande al comentario de un error; porque entonces surge el deber de hacer brillar la Verdad jurídica, aun más allá de los Tribunales, para que res-

plandezca con su propio fulgor en los inviolables dominios de la Justicia, o para que otros más aptos recojan esa antorcha sagrada y la lleven más alto; y quizá así puedan verla mejor los que han errado y sea el porvenir más halagüeño. Y cuántas veces no seremos nosotros los obcecados por el error y los que hayamos de ver algún día más clara la luz de la Verdad.

Hacemos en las páginas de este libro crítica de ideas, análisis de principios, que juzgamos erróneos muchas veces: no nos guía animosidad personal contra ninguno de aquellos que nos han dañado con sus yerros, porque también hemos sentido el peso de ser jueces y sabemos cuán difícil es aplicar la lev a cada caso. Si a veces nuestro lenguaje es duro, culpa tan sólo será de esta edad --veinticuatro años-- en que aun la experiencia de la vida no ha calmado el ardor de sangre nueva.

Si estos estudios determinan otros estudios sobre las cuestiones que analizamos, y si de éstos surge más límpida la verdad definitiva, quedarán colmados los deseos del autor.

JUAN CARMONA.

Barquisimeto: agosto de 1924.



ANOTACIONES PROFESIONALES

Necesidad de un Tribunal de Casación en los Estados.

I

El sistema de las tres instancias judiciales, consagrado por nuestra legislaciòn, ha sido objeto de severas y fundadas críticas, habiéndose demostrado lujosamente la mayor ventaja de las dos instancias. El Dr. Arminio Borjas, en su novísima obra sobre procedimiento civil, ha resumido de modo brillante aquellas críticas: "La tercera instancia -dice- donde existen Tribunales de casación, no sòlo huelga sino que embaraza o complica en ocasiones el curso breve i ordinario de los procesos, con pérdida de dinero i tiempo para los litigantes. Nuestro sistema de tres instancias, a una con la organización de nuestro recurso extraordinario, suele conducir a situaciones de esa naturaleza. Veamos una. Como hay ejecutoria sobre los puntos litigiosos en que hayan recaído dos sentencias conformes, así como sobre los decididos por el fallo de tercera instancia, procede a veces en un mismo juicio el recurso de casación tanto contra la sentencia de segunda instancia en los puntos de la conformidad, como contra la de tercera en todos los

demás, de modo que la Corte Federal y de Casación conoce al mismo tiempo de uno y otro recursos, en el mismo expediente. Supóngase que en tal hipótesis sea casada por quebrantamiento de forma la sentencia de segunda instancia, i que se reponga la causa al estado de fallarse nuevamente, o a un estado anterior. Deberán quedar *ipso facto* inexistentes todas las actuaciones posteriores al dicho fallo de segunda instancia, i el de tercera quedará desde luego invalidado sin necesidad de que se vea el recurso contra él interpuesto. I si no se hubiere anunciado casaciòn contra dicha sentencia de tercera instancia, i hubiera ésta quedado firme, con toda la fuerza i autoridad de la cosa juzgada, la reposiciòn decretada en Casación la habría invalidado igualmente, con mengua de los principios i sorpresa i perjuicio de la parte a qüien favorecía, quien ya la habría hecho ejecutar probablemente".

Esa consideraciòn basta por sí sola para pronunciarse en contra de las tres instancias. Pero además, como apunta el Dr. Borjas, con dos instancias y la Casación, tenemos dos tribunales de hecho y dos de derecho: la primera y la segunda instancias deciden sobre los hechos, pudiendo ser conformes o nó; y la segunda instancia y la Casaciòn revisan los errores de derecho de la primera, y la última también los de la segunda, con todo lo cual quedan bien resguardadas las partes litigantes.

Recuerda, por último, el Dr. Borjas, que según escribiò Feo, ya la Comisiòn Revisora de 1896, juzgando excesivo el número de las tres instancias, estuvo a punto de reducirlo a dos, pero que no lo hizo en atención al trastorno que iba a producir en todos los Estados esa reforma.

Ante las ventajas de las dos instancias, es indubable que no muy tarde habrán de quedar suprimidas las Cortes Supremas como tribunales de instancia, con general beneficio.

II

Suprimidas las Cortes Supremas como tribunales de instancia, podrían ellas ser restablecidas con otro fin: como tribunales de casaciòn de los Estados. Como se sabe, los tribunales de casaciòn tienen por objeto realizar una perfecta unificación en la interpretación de la ley, corregir los errores de derecho de los tribunales de instancia.

Según nuestra legislación, sòlo pueden ser susceptibles de la revisión de Casación las sentencias dictadas en los juicios de mayor cuantía. Resulta de tal principio una consecuencia muy grave: que existe una interpretación de la ley aplicable a los juicios de mayor cuantía, cuya uniformidad garantiza el recurso de casaciòn; y que para los juicios de menor cuantía existe una anarquía jurídica, pues cada tribunal puede interpretar la ley a su manera, sin que nada lo obligue a aceptar una determinada interpretación. (1)

Es verdad que a veces los tribunales inferiores aceptan y aplican la doctrina de Casación; pero como nada los obliga a ello, la desconocen también a cada paso. Además, surgen en tales tribunales numerosas cuestiones de grande entidad jurídica, apesar de la poca monta del valor monetario del pleito, sobre las cuales no ha llegado a establecer doctrina el Tribunal de Casación; y las erradas sentencias que ellos dictan quedan firmes, formando, como dice el Dr. Borjas, una doctrina paralela y contraria a la del Supremo Tribunal de los Estados.

Todos los autores nacionales que han escrito sobre la materia de casación han estampado sus observaciones sobre esa limitación del recurso ex-

---

[1] La ley de Casación de 6 de junio de 1884 admitía el recurso de casación en las demandas que excedían de mil seiscientos bolívares; la del 5 de abril de 1895, lo concedía tan sólo en los juicios que excedían de dos mil bolívares.

traordinario a los juicios de mayor cuantía, justificando, sin embargo, algunos, tal limitación por la imposibilidad de que un solo tribunal conozca de la numerosa cantidad de procesos que subirían a él, al no existir aquella. Veamos tales opiniones:

Feo, dice: "Niega la ley el Recurso de Casación a los juicios de tales cuantías: por una parte, porque sería imposible, de toda imposibilidad, que un solo Tribunal Supremo, (*que por el mismo propósito del recurso, de mantener la unidad de la legislación, tiene que ser único*) pudiera dar evasión al gran cúmulo de asuntos que vendrían a su consideración de la República toda, si se admitiese en ellos el recurso...."

El Dr. J. T. Arreaza Calatrava,. en su tesis de Doctorado, "Recurso de Casaciòn en Venezuela", asentó: "En teoría, podría sostenerse lo inconsencuente que pudiera ser el límite de la cuantía con los principios de la Casación, la cual ha sido instituida para prevenir faltas y errores en la aplicación de las leyes; porque es una verdad, --como se observa con frecuencia en la práctica,-- que en juicios excluidos del recurso, por su menor cuantía, suelen presentarse graves complicaciones y ocurrir amenazantes peligros de faltar a la ley. No obstante, es fuerza reconocer la necesidad del límite de la cuantía. Está en la naturaleza de las cosas que toda idea o doctrina se resienta de su aplicación".

El Dr. J. Eugenio Pérez, en su "Prontuario de Casación", expone: "Por este primer inciso que estudiamos se niega el Recurso de Casación a los juicios cuyo interés sea de cuatrocientos bolívares y no llegue a cuatro mil. Como razón que justifica esta disposición, aducen algunos comentadores, que de no ser así, sería imposible que un solo Tribunal diese abasto a todo el trabajo que afluiría allí y que para un interés tan mínimo, han de

bastar las instancias. Puede que ello sea cierto, pero en nuestro concepto, los fines que han creado el Tribunal de Casación, se inspiraron puramente en un interés social sin hacer distinciòn de ricos y pobres: tanto derecho tiene aquel como éste a que se le juzgue rectamente; y en este punto no es exagerado pensar que está mal tutelado el patrimonio de los más. Las leyes extranjeras que conocemos, sòlo excluyen los fallos de los Jueces de Paz y los juicios breves. Creemos que en ese punto no ha debido separarse el Legislador patrio del extranjero..."

El Dr. Borjas, quien, como el anterior, ha sido Ministro de Casación, se expresa así: "Es la primera de ellas que el recurso sòlo es administrable en los juicios de mayor cuantía, esto es, en aquellos cuyo interés principal exceda de cuatro mil bolívares. Esta excepción es en principio arbitraria e injusta, porque, tanto en los negocios de menor como en los de mayor cuantía, se puede aplicar e interpretar erróneamente la ley, y es crecidísimo el número de procesos cuya cuantía no llega a cuatro mil bolívares, que quedan por lo tanto colocados fuera de la censura de casación, y cuyas decisiones pueden ir formando, con mengua de dicha instituciòn, una jurisprudencia paralela y contraria a la establecida por los Tribunales Superiores. La pequeña cuantía de los negocios no está reñida con las dificultades y la importancia de las cuestiones de derecho que deben ser resueltas para solucionarlos, por lo cual no vale alegarse, en apoyo de la mencionada excepción, que aquellos negocios "no son lo que presentan de ordinario en la práctica las mayores complicaciones". Es verdad que si todos los procesos civiles o mercantiles pudieran subir a casación, el Tribunal Supremo de los Estados se vería agobiado de un trabajo imposible de oportuno despacho; pero creemos

que antes convendría la creaciòn de un número suficiente de Salas o Secciones en dicho Tribunal, que excluir de su revisión más de la mitad de los procesos judiciales que cursan en la República. La casación ha sido creada, más por el interés público de la unidad de la legislación, que por los intereses particulares en litigio, y el pequeño valor de éstos no debe, por consiguiente, excluirlos de la suprema revisión de aquella".

III

Como se vé, todos los autores están de acuerdo en que el recurso de casaciòn es de interés público, porque su objeto "es proveer a la recta y uniforme observancia de la ley". En Italia, cuando las partes renuncian al recurso extrardinario de casación, pueden el Ministerio Público o el Tribunal de Casación denunciar de oficio la sentencia, si creen que debe ser anulada en interés de la ley; esa nulidad, desde luego, no favorece ni daña a las partes, para las cuales el fallo está ejecutoriado (2).

Es, pues, muy importante que nuestra legislaciòn se modifique en el sentido de conceder el recurso de casación contra los fallos dictados en los juicios de menor cuantía: son tan numerosos estos juicios --con mayoría resaltante entre los que se ventilan diariamente-- y son tales los errores de derecho que en ellos se cometen, que la reforma es deseada por todos.

Nosotros no creemos que sería práctico que al conceder ese recurso se atribuyera su conocimiento a la Corte Federal y de Casación, porque es verdad que entonces esa Corte no podría humanamente revisar tantos fallos, cuando solamente

---

[2] Esa casación de oficio que existe en Italia en materia civil, la tenemos nosotros en materia criminal, consagrada por el artículo 385 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

los juicios criminales requieren un tiempo tan vasto; ni aun con la idea del Dr. Borjas --quien tan brillantemente defiende la extensión del recurso-- de aumentar las Salas, porque por el solo hecho de tener que aumentar sus gastos con un nuevo abogado en Caracas, los litigantes, en la mayoría de los casos, se abstendrían de usar el recurso, que resultaría casi inútil en el Código.

Por eso nos atrevemos a esbozar nuestra idea: creemos que la organización de Tribunales de Casación en los Estados --con un personal semejante al de las actuales Cortes Supremas-- sí llenaría el objeto práctico de la reforma que extendiera el recurso.

Salta, desde luego, la primera objeción, la que Feo anotaba: "que el mismo propósito del recurso, de mantener la unidad en la legislación", exije que el Tribunal de Casación *sea único*.

En nuestro proyecto, esa objeciòn queda anulada. Según nuestra idea, se establecerían una Corte de Casaciòn en el Distrito Federal, y una en cada Estado; estas Cortes estarían llamadas a decidir el recurso de casación contra las sentencias de última instancia en los juicios de menor cuantía. Al decidir el recurso, ellas estarían obligadas a respetar la doctrina de la Corte Federal y de Casación, en los casos en que existiera (3), con lo cual se evitaría toda contradicción; en los casos en que no existiera, quedarían en libertad de interpretar la ley.

Para asegurar el cumplimiento de la obligación de respetar la doctrina de Casaciòn, se establecería que de todo fallo dictado por tales Cortes debería enviarse copia inmediatamente a la Corte Federal y de Casación; y que si ésta encontrare violada su doctrina, podría anular el fallo, *en beneficio de*

---

(3) La recopilación de decisiones de Casación, emprendida por el Dr. Manrique Pacanins, facilitaría esa comprobación.

la ley, pero sin que tal decisión tuviera efecto con respecto a las partes, que deberían atenerse al fallo de la Casación de cada Estado, ya que de otro modo se provocaría en realidad la aglomeración de trabajo que se trata de impedir a la Corte Federal. Además, ésta penaría con una multa a los jueces de casaciòn de los Estados que hubieran violado su doctrina.

Para evitar, por otra parte, que pudiese durar la existencia de doctrinas diferentes de las diversas Casaciones de los Estados --diversidad que existe hasta con una *Casación única,* pues ésta, al cambiar de personal, varía con frecuencia sus doctrinas-- se impondría a cada Tribunal de Casación que al dictar un fallo en el cual estableciera nna doctrina nueva, por no existir ninguna de la Corte Federal, debería enviarlo sin dilación a todos los otros Tribunales de Casación de la República; éstos estarían obligados a dar su opinión, en un lapso de tiempo fijo, sobre esa nueva doctrina, enviándose tales opiniones a la Corte Federal: ésta, entonces, con vista de la conformidad o reparos de todos los Tribunales de Casación de la República, establecería su doctrina, obligatoria para lo sucesivo.

Se podria simplificar todo ésto, estableciendo que la Corte Federal examinaría cada doctrina nueva, aprobándola o improbándola, y estableciendo en el último caso su doctrina nacional, sin necesidad de oir a todos los Tribunales de Casación; pero de tal manera se quitaría al proyecto una de sus faces más halagüeñas, que es ver a todos los Jueces de Casación de la República trabajando, con un alto concepto de su misiòn, para establecer una genuina jurisprudencia nacional.

Estas últimas ideas las exponemos basados en el siguiente proyecto de Mattirolo, destinado a evitar en Italia la diversidad de jurisprudencias, producidas por la existencia de varios tribunales de

casación: "Para proveer adecuadamente a la uniformidad de la jurisprudencia, bastaría establecer que el Tribunal Supremo fuese *único* (como sería en nuestro proyecto la Corte Federal y de Casación), *compuesto de varias secciones que podrían tener su asiento en diversas ciudades y se deberían reunir para resolver las disidencias que en la interpretación de la ley surgiesen entre ellas.*"

Nuestro proyecto tiene indiscutibles ventajas prácticas: no exije, como la creaciòn de nuevas Salas en la Corte Federal, nuevos gastos para el Erario Nacional; no requiere tampoco erogaciones especiales en el presupuesto de los Estados, porque la misma dotaciòn para las actuales Cortes Supremas serviría para las Cortes de Casación; y por último, no queda expuesto el recurso de casación a constituir una mera instituciòn legal, sin aplicación práctica, como sucedería indudablemente si se reservase a la Corte Federal y de Casaciòn el conocimiento del recurso en los juicios de menor cuantía, porque, como ya dijimos, los litigantes, ante la espectativa de más gastos en un nuevo abogado en la Capital de la República, preferirían no ejercer el recurso extraordinario.

Estas ideas son nuestra humilde contribuciòn al estudio de un problema trascendental para nuestra Administración de Justicia: ojalá ellas determinen a todos los abogados de Venezuela a emitir las suyas sobre tan vasto tema; y entonces quizá podría surgir un acuerdo sobre él, para que llegue a cristalizar en forma de ley esa extensiòn del recurso de casación a los juicios de menor cuantía, con beneficio para la unidad de la jurisprudencia nacional y para la equidad de la Justicia. (4)

[4] Las Cortes de Casación proyectadas podrían naturalmente ser facultadas también para conocer del recurso de casación en materia criminal, hasta el límite que la ley fijase, con lo cual se evitaría la acumulación de tantos juicios en la Corte Federal y de Casación, y se ganaría en rapidez para la administración de la justicia penal, ya que en tal forma una gran parte de los procesos serían revisados por las Casaciones locales.

Grave error en un juicio criminal.

I

A raiz de un hurto, fue detenido por la autoridad civil un individuo indiciado de ser el culpable; habiéndosele encontrado sobre su cuerpo la suma desaparecida, él confesó al Jefe Civil que era el autor del delito, y que lo había cometido por medio de escalamiento y ruptura de una pared. Fue seguido el proceso criminal; y antes de dictarse sentencia en primera instancia, comparecimos ante el juez de la causa, como apoderados de la víctima del hurto, para pedirle que se resolviera en la sentencia la devoluciòn a nuestro representado de la suma confiscada, que estaba depositada a la orden del tribunal.

Basamos nuestra solicitud en los elementos probatorios de la propiedad de nuestro mandante que corrían en el expediente: confesión extrajudicial del procesado --demostrada con la declaración del Jefe Civil-- que de acuerdo con el Código Civil tenía el valor de un grave indicio, que adminiculado con los que resultaban de las demás pruebas del proceso, constituían plena prueba. Sostuvimos que siendo la propiedad eminentemente civil, su prueba se regía por las disposiciones del

Código Civil, según el cual basta un solo testigo para dejar plenamente probada la confesiòn extrajudicial, y para que ésta surtiera todos sus efectos jurídicos --limitados al valor de un indicio por no haber sido hecha la confesiòn a nuestro cliente, sino a un tercero--adminiculables a los demás datos del proceso: que en la cuestión criminal podía ser distinta la aplicación del criterio legal sobre pruebas, por ser distintos los sistemas probatorios de ambos códigos, el civil y el criminal.

El Juez de 1ª Instancia en lo Criminal absolvió al procesado del cargo fiscal, por no estar llenos, a su juicio, los extremos de la ley penal para dictar una sentencia condenatoria; pero habiendo encontrada suficientemente demostrada la propiedad de nuestro mandante sobre el dinero, acordó restituírselo, al estar firme la sentencia: fue una recta aplicación de los principios que rigen ambas materias.

Notificado el reo, expuso: "ESTOY CONFORME"; es decir, que aceptaba la adjudicaciòn del dinero a mi mandante: esa conformidad ponía fin a la cuestión privada sobre propiedad.

Subiò el juicio, en consulta, a la Corte Superior. Ante ésta sostuvimos que la consulta sólo podía versar sobre la responsabilidad criminal, porque la cuestiòn civil había quedado terminada *con el convenimiento* del procesado con la sentencia que declaraba que el dinero era de nuestro cliente: que esa cuestiòn escapaba a la jurisdicción de la Corte.

Sin embargo, dicha Corte, con un criterio exótico, dispuso que debía devolverse el dinero al procesado, cuya absoluciòn confirmó: absurdo monstruoso, pues el mismo procesado, con su conformidad expresa --que hubiera bastado la tácita-- con el fallo de primera instancia, había convenido *en que el dinero no era de su propiedad.*

Apelamos de tan injusto fallo, confiando en que el buen criterio de la Corte Suprema deshacería tal agravio a la ley. Repetimos ante este Tribunal nuestra sólida argumentaciòn: hablamos de nuevo de la independencia de las cuestiones civiles y las criminales, consagrada expresamente por los artículos 112 del Código Penal y 7° del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Pero ni la ley ni la razón pudieron nada en este caso; y se consumó el hecho inaudito de que el culpable *fue premiado* con la adjudicaciòn del producto de su hazaña, *aun contra su expresa voluntad*, declarada al decir en primera instancia: "ESTOY CONFORME".

II

Serenado el ánimo --que con bastante razòn se rebeló ante aquella suprema injusticia-- hemos vuelto a estudiar el punto debatido entre nosotros y los jueces, pues el procesado no hizo, en ninguna instancia, reclamo alguno sobre el dinero; y nuestra opiniòn se ha robustecido cada vez más contra aquellos fallos.

El procesado, al conformarse con el fallo de primera instancia, renunciò, si alguno hubiera tenido, a todo derecho sobre aquel dinero, adjudicado por tal fallo a mi mandante. Y ninguna ley le impedía esa renuncia, porque ella en nada afecta el orden público, ya que el hecho de ser uno u otro dueño de una cosa no turba el orden social, porque la propiedad es de derecho privado. A este respecto se expresa así el eminente jurisconsulto Dr. Pedro Itriago Chacín, en su interesante obra "Estudios Jurídicos": "quien tenía en su patrimonio el derecho de obtener *una restitución* o una idemnizaciòn, y *lo renuncia*, OBRA EN LO QUE LE CORRESPONDE"; refiriéndose precisamente a

la disposición del Código de Enjuiciamiento Criminal que establece que la renuncia a la acciòn civil no surte efecto sobre la acción penal. Las Cortes no hicieron otra cosa que anular, contra toda ley, una renuncia válidamente hecha, aun en la hipótesis de que fuera errado el fallo de primera instancia sobre la cuestiòn civil.

Pero vamos a demostrar que, además, sí estuvo ajustada a derecho la decisión de primera instancia.

Dice el artículo 112 del Código Penal: "La responsabilidad civil nacida de la penal no se extingue porque se extingan ésta o la pena, sino que durará, como las demás obligaciones civiles, *con sujeción a las reglas del derecho civil*".

El artículo 7° del Còdigo de Enjuiciamiento Criminal, establece: "La extinciòn de la acción penal no lleva consigo la de la civil, ni el exento de responsabilidad penal lo está de responsabilidad civil sinó en los casos determinados por el Còdigo Penal".

El principio, que la ley consagra es, por tanto, la independencia entre las acciones civiles y las criminales. Excepcionalmente, por razones de orden público, preceptúa la ley, que cuando se ha declarado por sentencia firme que *no existió* el hecho delictuoso, no puede derivarse ninguna acciòn civil, y que pendiente la acciòn penal no se decidirá la civil,

El principio es la independencia; la sujeción, es la excepción. Y esta sujeción está justificada y *limitada* por un poderoso motivo de orden público: evitar la contradicción de los fallos, para que no se desprestigie la verdad judicial.

Consecuencia del mismo principio que la inspira, es que esa sujeción termina cuando los fallos distintos no implican contradicción. Este punto es luminosamente estudiado por el Dr. Itriago Cha-

cín, a la pag. 59 de su obra citada, en la cual se leen los siguientes conceptos: "La diversa estructura en la apreciación de algunas pruebas, puede llevar a los jueces a conclusiones que, sin ser las mismas, no envuelven contradicción. Los mismos elementos pueden no ser bastantes para establecer la responsabilidad criminal y sí para la civil". Tal fue precisamente el caso en referencia: el juez, apreciando las pruebas de acuerdo con la ley criminal, no encontró probada la responsabilidad del encausado; pero, apreciándolas a la luz de la legislación civil sí halló prueba bastante de que el dinero era de nuestro mandante, no de aquel a quien le fue decomisado. No hubo contradicción, sinó, sencillamente, decisión de materias diversas, con arreglo a sus leyes aplicables.

El juez de primera instancia no dijo que el procesado era inocente del delito que se le imputaba, ni mucho menos que el hecho no existiera: expresó solamente que las pruebas no eran suficientes para condenarlo, y lo mismo sostuvo la Corte Superior. A estas circunstancias es aplicable la opiniòn del citado Dr. Itriago Chacín: "El criterio dominante --dice este jurisconsulto-- es, pues, evitar la contradicción del fallo principal por el que se reputa secundario, que la Magistratura no se desprestigie, que la verdad definida como absoluta no padezca menoscabo, y con arreglo a ese criterio habría que descartar, por lo menos, *el caso en que la absolución se pronuncia por insuficiencia de las pruebas para una condenatoria penal. El Juez no ha declarado la inocencia del reo, sino que ha carecido de los medios legalmente necesarios para establecer la culpabilidad. El prestigio de la Magistratura queda a salvo*". Para corroborar su opiniòn, cita el Dr. Itriago estas líneas de Ricci: "Si el procesado fuese absuelto por insuficiencia de la prueba, ¿puede proponerse contra él la acciòn ci-.

vil? La respuesta afirmativa no parece dudosa, porque la cosa juzgada penal no expresa sino que el juez no encuentra pruebas bastantes para condenar al procesado. Ahora bien, no hay contradicción alguna al considerar en el juicio civil que se han ofrecido pruebas bastantes para reputar al mismo procesado responsable de los daños". Y Dominici sostiene que la absolución de un reo de lesiones personales, no lo libra de la acción de daños y perjuicios; y que la absolución pronunciada en un juicio de falsificación de un documento, no impide que el mismo documento sea posteriormente redargüido de falso, y declarado tal en un juicio civil.

Hubo, pues, sin ningún género de duda, un grave error judicial en el caso contemplado.

Comentarios al artículo 42 del Código de Procedimiento Civil.

I

"Si quien otorgue el poder lo hiciere en nombre de otra persona --dice el artículo 42-- *deberá* presentar al juez o funcionario que autorice el acto, el instrumento que legitime su representación; y el Juez o funcionario lo copiará y certificará a continuación".

Parece que siendo tan clara la disposición de la ley, no debiera dar lugar a tergiversaciones; pero ya vamos a ver como ha sido violado tal artículo en un caso concreto.

Fue introducida una demanda por un abogado, quien presentó un poder que le otorgaban dos personas obrando éstas en su propio nombre y en nombre y representación de otras que indicaban como madre de ellas y coherederos, respectivamente. Opusimos a tal demanda dos excepciones: ilegitimidad de persona, por no llenar el poder las formalidades legales, pues no aparecían en el cuerpo del poder copiadas y certificadas las partidas del registro civil que acreditaran la representaciòn que se atribuían las otorgantes del poder, como lo

preceptúa el artículo 42; y subsidiariamente, la de falta de la caución que le impone a los representantes sin poder el artículo 46 del Còdigo de Procedimiento Civil.

Al contestar las excepciones, la parte contraria sostuvo que no era aplicable al caso de autos el artículo 42, sino el 46, porque se trataba de representaciones *sin poder*, con lo cual prescindía en absoluto de su propio poder, que le servía de fundamento para ser parte en el juicio.

Ese criterio, que predominó en dos instancias, es completamente erròneo. El artículo 46 se refiere a las personas que pueden presentarse en juicio por otro SIN PODER, y el artículo 42 a los que otorgan PODER EN NOMBRE DE OTRA PERSONA: si las personas que otorgaron el poder en nombre de otras personas, hubieran comparecido personalmente, no habría procedido contra ellas la excepción de ilegitimidad de persona por falta de poder, puesto que no lo necesitaban, sino, en tal caso, por no tener el carácter que se hubieran atribuido, lo cual hubiera sido negarles su cualidad pretendida; pero como quien compareció al juicio fue *un apoderado*, que no es ninguna de las personas que pueden presentarse sin poder, no podía ser aplicable al caso de autos el artículo 46, sino el 42.

Refiriéndose a la disposiciòn del artículo 42 --que era el 54 del Código que él comentò-- dice el eminente Feo: "La validez y firmeza de los juicios no permite omitir esa comprobación del carácter del otorgante; pues si se siguiera el pleito en tales condiciones y llegara a resultar que quien otorgó semejante poder carecía de facultad legal para obrar por la persona a cuyo nombre lo diò, el juicio sería ineficaz respecto a ésta. El contexto del documento copiado y certificado a continuaciòn demostrará si el tutor, administrador, albacea, a-

poderado general, &, que otorgan el poder por su pupilo, administrador, testamentaría, &, son tales y tienen en realidad la facultad que asumen".

El Dr. Arminio Borjas, comentando tal artículo, dice: "Dispone el artículo 42 que la persona que obre en nombre de otro, deberá presentar al funcionario que autoriza el acto, el instrumento que legitime su representación, a fin de que dicho funcionario lo copie y certifique en el acto del otorgamiento.... Quien otorga por intermedio de un mandatario es el verdadero constituyente del poder, y si en el cuerpo de este documento no hay constancia auténtica de que ese mandatario es persona legítima y obra en uso de las facultades que le han sido conferidas, es evidente que la voluntad del verdadero otorgante no es expresa ni auténtica". Y agrega el mismo autor que ni siquiera puede considerarse subsanada la falta de la inserciòn porque se presenten junto con el poder los documentos que dejaron de insertarse, como opina Feo, porque la ley con la palabra "DEBERA" exige imperiosamente el cumplimiento de la formalidad de la copia en el cuerpo del poder de tales documentos, y no es "legítima una interpretaciòn que convierte en *protestativo* lo que la ley declara *obligatorio*".

Apesar de la claridad de la ley imperativa, a despecho de la valiosa opinión de los autores cìtados, el Juzgado de Primera Instancia y la Corte Superior declararon sin lugar la excepciòn, obligando a nuestro cliente a seguir un jnicio con personas ilegítimas, contra toda ley. En cuanto a la excepciòn de falta de caución, todavía no sabemos porque fue declarada sin lugar, apesar de su procedencia subsidiaria, pues el fallo que la desechó carecía de motivos, y repuesta la causa al estado de dictarse nueva sentencia, la Corte prohibió al juez accidental del Distrito --único que supo aplicar

rectamente la ley declarando con lugar la excepciòn de ilegitimidad-- que ejerciera su jurisdicciòn sobre tal excepción, por los motivos inauditos que se estudian en el siguiente capítulo: prohibiciòn que no surtiò efecto en dicho tribunal, porque no hubo necesidad de decidir la excepción subsidiaria, pero que sí produjo su ilegal efecto en los tribunales superiores, que le dieron valor a aquella ineficaz limitación.

II

Es oportuno consignar aquí, que en nuestro concepto, los poderes que otorgan los socios solidarios de las firmas mercantiles, en nombre de éstas, quedan imperfectos sino se copia en el texto del poder el registro de comercio que acredite la verdad de ese carácter; y que en tales casos debe prosperar la excepción de ilegitimidad del apoderado, porque el poder no está otorgado en forma legal: una práctica, por universal que sea, no puede derogar la ley. Siendo dos personas jurídicas distintas la sociedad y el socio, éste, al otorgar un poder por aquella, lo hace en nombre de otra persona, y debe realizar el acto de conformidad con la disposición imperativa del artículo 42: es lo legal y lo prudente.

Efectos de la reposición.

Repuesta una causa al estado de que se dicte nueva sentencia, el nuevo juez llamado a decidir del caso, tiene plena jurisdicción para conocer de todo el asunto: las decisiones de la sentencia anulada es como si nunca hubieran existido, pues la causa vuelve al estado que tenía después de expirado el término probatorio, si se trata de la primera instancia, y al estado de comenzar la relación de la causa, en las otras instancias. La reposición al estado de dictarse nueva sentencia anula, pues, todo vestigio del fallo.

Contra ese principio legal ha fallado la Corte Superior; y ese fallo ineficaz ha producido fatales consecuencias en un juicio, como vamos a ver.

Se inició un juicio ante el Juzgado del Distrito. Como apoderados del demandado, opusimos las excepciones a que se refiere el estudio anterior. Ambas excepciones --la de ilegitimidad de persona, que era la principal, y la de falta de caución, que era subsidiaria-- fueron desechadas en un fallo desprovisto de fundamentos. Apelamos, y pedimos al juez de segunda instancta que repusiera la cau-

sa al estado de dictarse nueva sentencia, por adolecer el fallo apelado de vicios esenciales: así lo acordó el juez en su sentencia. Apelada ésta por los contrarios, la Corte Superior, conociendo en tercera instancia, dictó un fallo inaudito: confirmò la sentencia, *pero sólo en cuanto a que se dictara nueva sentencia sobre la excepción de ilegitimidad de persona, porque como la excepción de falta de caución es inapelable cuando se declara sin lugar, con respecto a ella no procedía la reposición.*

Se verá, pues, que según la sentencia de la Corte, un *fallo anulado*, puede tener efectos parciales, y tal absurdo es incomparable, porque lo que es nulo ningún efecto puede producir.

Dijo la Corte que como el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil niega apelaciòn contra la sentencia que declara sin lugar la excepciòn de falta de caución, no podía reponerse la causa en cuanto a ella. La Corte dió al artículo 254 un alcance que jamás pudo preveer el legislador; pero aun con tan remoto alcance, no sería llegado el caso de aplicar tal artículo, porque habiendo sido anulada la sentencia que desechó la excepción de falta de caución, debiendo considerarse como si jamás tal sentencia hubiera existido, no puede decirse que ha sido declarada sin lugar la excepción, toda vez que todavía no se sabe qué dirá el nuevo fallo, que tendrá que ser considerado como el primero dictado legalmente.

Por otra parte, la negativa de apelación contra la sentencia que desecha la excepción de falta de caución, que la ley consagra, no puede extenderse nunca a las reposiciones que anulan una sentencia: primero, porque aquella disposición es una de las que la doctrina denomina odiosas o restrictivas, puesto que niega un recurso contra un fallo desfavorable, y es principio elemental de justicia que lo odioso se restringe y no puede

ampliarse nunca, como lo hizo la Corte en la sentencia dicha; y segundo, porque la reposición es de orden público cuando se basa en un vicio sustancial de la sentencia --como en el caso de autos, en que el fallo carecía de motivos-- y el orden público predomina en todo caso. "*Oportuno creemos advertir*, dice Feo, *que no debe olvidarse que la carencia de motivos en el fallo es falta* DE ORDEN PUBLICO" (5).

Cometió la Corte una extralimitación de atribuciones al pretender limitar al nuevo juez su plena jurisdicciòn, que no puede ser menoscabada por nadie. A tal respecto es unánime la opinión de la doctrina. El Doctor Arminio Borjas, en su novísima obra "Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano", a las pags. 408 y 409 del tomo II, dice: "Y desde que se trata de nulidades declaradas por las autoridades judiciales superiores, conociendo en grado, es natural que el efecto de tal declaratoria sea el de reponer la causa al estado de que se dicte nueva sentencia por el Tribunal inferior, en la cual queden corregidos los vicios que la anulaban... Corresponderá al Tribunal constituido con nuevo personal volver a hacer relación de la causa, oir informes, dictar autos para mejor proveer, si hubiere lugar a ello, y sentenciar CONFORME A SU LIBRE APRECIACION DE LOS HECHOS".

Decir, como lo hizo la Corte, que el *fallo anulado* decidía *definitivamente* la excepción de falta de cauciòn, es un contrasentido: es sostener que una cosa es y no es al mismo tiempo, es darle valor a la nada, es violar la ley expresa. "El acto declarado nulo queda desprovisto de todo valor jurídico, i ha de tenerse como si nunca hubiera existido".

---

[5] Feo, Estudios, tomo I, pag. 269.

El mal irreparable --por no haber recurso de casación, que hubiera echado por tierra esa injusticia-- se consumó. El nuevo Juez del Distrito, consciente de su verdadera misiòn, celoso de su soberana libertad de apreciación, estampó en su primer considerando que se consideraba con plena jurisdicciòn sobre el asunto, y declaró con lugar la excepción de ilegitimidad de persona. Apelado tal fallo por nuestros contrarios, subiò el proceso al Juzgado de Primera instancia, conociendo en segundo grado: éste desechò la excepciòn de ilegitimidad de persona, y diciendo que estaba sujeto por el fallo de la Corte Superior, que limitaba su jurisdicción a la excepciòn dicha, negò tristemente su soberanía propia y se abstuvo de decidir la excepción de falta de caución. Hubimos de volver de nuevo a la Corte; pero ésta persistió en su error, confirmó la sentencia de segunda instancia, y dijo que estaba ejecutoriado su anterior fallo porque no fue apelado, como si hubiera cuarta instancia o casaciòn contra aquel fallo, por lo cual no dictó la reposiciòn que le pedimos, para que dictara nuevo fallo sobre la excepciòn de falta de cauciòn el juez de segunda instancia.

Forman capítulo aparte los motivos por los cuales volvieron a conocer los mismos Jueces de la Corte, apesar de haber emitido opinión en su primer fallo.

Para terminar, queremos advertir que en la última faz de este caso obramos por medio de apoderado sustituto, quien sostuvo nuestras mismas ideas.

Consulta de sentencias en causas de acción privada.

El Código de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación de consultar los fallos con el Superior, sin hacer distinciones, por lo cual es impretermitible esa consulta en las causas de acciòn privada.

Pero prácticamente esa consulta no tiene objeto. En efecto, veamos las dos soluciones posibles: el reo es condenado, y en tal caso él se cuidará muy bien de apelar del fallo que lo condena; el reo es absuelto, y entonces nada tiene que hacer el Superior, pues la confirmatoria es ineludible, por las razones que vamos a exponer, si el acusador se conforma con el fallo y no apela.

Establece el artículo 246 del Código de Enjuiciamiento Criminal que "en las causas de acción privada, cuando de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia sólo el reo hubiere apelado, no pueden los Tribunales Superiores aumentar la pena impuesta". En virtud de tal disposición, si el reo es condenado a quince días de arresto, por ejemplo, no puede el superior imponer ni un día más; pero como en la absolución no existe pena, si absuelto el reo, pudiera conde-

narlo el Superior, sin haber apelado el acusador, a un día siquiera de arresto, equivaldría tal condena a una especie de aumento de la pena, podemos decir para expresar bien nuestra idea. Además, si en tales condiciones pudiera el Superior condenar al procesado, resultaría el absurdo de que sería mejor para él ser condenado a una pena leve, que no podría ser aumentada sin la apelación del acusador, que ser absuelto.

Siendo los juicios de acciòn privada verdaderas contenciones entre las partes, en las cuales no puede inmiscuirse el Ministerio Público, y teniendo éstas la vía de apelación, es antijurídico obligarlas a continuar un litigio que ellas quieren terminar conformándose con la sentencia de primera instancia. Por otra parte, a veces la consulta puede ser desfavorable al reo absuelto: si éste, por ejemplo, es condenado a una pena de treinta días de arresto, y si ya tiene cumplida su pena, la consulta va a perjudicarlo, pues lo obligará a permanecer en detención hasta tanto se decida la consulta --ya que la mayoría de los procesados son pobres y no pueden conseguir quien los liberte bajo fianza-- sin beneficio alguno para la sociedad, pues desde el momento en que la ley califica tales delitos de acciòn privada es porque en nada turban el orden social. Coincidiendo con nuestra opinión de que el Superior no puede condenar al reo absuelto si el acusador no apela del fallo de primera instancia, nos decía uno de nuestros más eximios Magistrados que la única explicación que tenía la consulta en dicho caso era la siguiente: que pudiendo el Superior encontrar que el delito era de acciòn pública, debería reponerlo al estado de cargos.

Pero esa previsiòn no es necesaria y tiene, como hemos visto, más desventajas que beneficios: no es necesaria, porque el juez de primera instan-

cia y el Fiscal del Ministerio Público, que tiene el derecho de revisar todos los procesos, pueden rectamente calificar el delito; y porque si las partes se han conformado con el fallo, se presume que lo han encontrado ajustado a derecho y ningún interés puede existir en revisarlo. Y de su sentido antijurídico y de sus desventajas, queda ya hecho un análisis concluyente.

Por tanto, creemos que debiera limitarse la consulta a los fallos dictados en los juicios de acción pública.

Valor probatorio del testigo único en materia civil.

En noviembre de 1922 se nos presentò por vez primera --en una incidencia surgida sobre una cuestión civil en un juicio criminal, a la cual nos referimos en otra parte de este libro-- la ocasiòn de sostener el principio de que un solo testigo puede constituir plena prueba en materia civil o mercantil, de acuerdo con nuestra legislación vigente. Más tarde --en 1923-- sostuvimos el mismo criterio en un juicio de divorcio, en el cual logramos probar con un solo testigo una injuria grave inferida a nuestra cliente. Y como jueces confirmamos nuestra tesis en la siguiente parte de una sentencia de la Corte Suprema del Estado Lara:

"¿Puede en nuestra legislación vigente constituir prueba plena la declaración de un solo testigo? Se han sostenido soluciones opuestas.

"El artículo 4° del Código Civil ordena al intérprete de la ley que se atenga a la intención del legislador. Es regla elemental de hermenéutica jnrídica que para conocer la intención del legislador, debe averiguarse el motivo de la Ley. El artículo 1.324 del Còdigo Civil de 1904 establecía que dos testigos contestes hacían plena prueba. El

Dr. Nicomedes Zuloaga, miembro de la Comisiòn Oficial Revisora, propuso la supresiòn de esa regla antijurídica, y en su mociòn publicada en el número 33-34 de la "Gaceta Jurídica", pags. 105 y 106, dice, entre otras consideraciones: "Con frecuencia la demasiada conformidad de los testigos, no sòlo no crea una convicción en favor de lo dicho por ellos, sinó que muy al contrario, lleva al ánimo la sospecha de que esas declaraciones suyas son la obra de una torpe confabulaciòn. Napoleón, después de la conquista de las provincias Rhenanas, donde estaban en vigor así *la máxima de la exclusión de la prueba de un solo testigo*, como la de que dos testigos hacían plena prueba, condenó ambas diciendo: "De manera que según ésto, un hombre honrado, con su testimonio, no puede hacer condenar a un bribòn, en tanto que dos bribones sí pueden hacer condenar a un hombre honrado!" La moción del Dr. Zuloaga fue acogida por la Comisiòn y quedó aceptada la reforma que él propuso.

"Se ve, pues, claramente, que la mente de la reforma fue no solamente destruir la regla de que dos testigos hacen plena prueba, sinò también derogar la regla tácita de que un solo testigo no tenía valor. Y esa convicciòn se robustece leyendo la doctrina juridica de los comentadores de los códigos de los países en los cuales ha sido derogada la anticuada regla.

"Ricci, a la pag. 383 del tomo I de su "Tratado de las Pruebas", dice: "El Juez no se haya sometido, al formar su juicio, a la condición del mayor o menor número de testigos; *así como puede dar fé a un solo testigo*, así puede negarla a la conjunción o acuerdo de más testigos si es que se ha convencido que por razòn del interés que pudieran tener en el litigio, por su calidad o por cualquier otro motivo, no debían merecer fé sus

declaraciones"; y cita en favor de su opiniòn una sentencia del Tribunal de Casación de Milán. Lessona, a la pag. 490 del tomo II de su "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil", dice: "Es por ésto por lo que la mayoría de las leyes y de los escritores declaran no tener en el derecho moderno ningún valor la máxima *testis unus, testis nullus*. El Código no la ha repetido; antes bien, ha querido consagrar en toda su amplitud el sistema de la persuasiòn racional"; y a la pag. 489, dice: " Tal máxima se justifica con el peligro de fiarse a una sola persona habiendo en ella tantas probabilidades de fraude o error como en la deposición de más personas. Pero esta justificacion no rige, pudiendo la deposición del testigo único ser necesaria y digna de fé". Mattirolo, a la pag. 259 del tomo I de su obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", asienta: "En el sistema de la ley vigente, dicha apreciación queda enteramente al prudente criterio de la autoridad llamada a juzgar.... Las reglas que en otro tiempo restringieron la autoridad del juez, obligándolo a apreciar con medidas preestablecidas el valor de cada declaraciòn testifical, están derogadas, con arreglo a las unánimes enseñanzas de la jurisprudencia y la doctrina". Aguilera de Paz, traductor de la obra citada de Lessona, a la pag. 489, tomo II, nota *a*, dice: "En los modernos códigos no hay una regla clara y precisa que determine la nulidad de la declaracion de un solo testigo, y en virtud de la cual pueda quitarse a su deposiciòn la fuerza probatoria".

"Se ha alegado, y así lo ha declarado la Corte Superior, que el artículo 367 del Còdigo de Procedimiento Civil excluye la prueba de un solo testigo, porque él habla "de la prueba *de testigos*". Pero no cree esta Corte que esa frase excluya el valor de un solo testigo como plena prueba: primero, porque allí, por necesidad, debiò el legisla-

dor hablar en plural, para todos los casos, porque no se legisla para casos aislados, y en ese mismo orden de ideas establece el artículo 315 del mismo Còdigo, que "*los instrumentos*" en que se funde la acciòn deben producirse con el libelo, sin que ello quiera decir que una acción no pueda fundarse en un solo instrumento; y segundo, porque en todo caso, al haber colisiòn entre la ley sustantiva y la ley adjetiva, predomina aquella, que ya hemos visto como establece tácitamente el valor del testigo único.

"Por tales razones, queda decidido que sí puede un solo testigo constituir plena prueba, según el sistema de nuestra ley vigente".

Sobre prueba de testigos.

I

En un juicio, según nos informó una de las partes, fueron desechadas por las dos instancias superiores las declaraciones de unos testigos, que no habiendo sido repreguntados por la parte interesada, fueron citados de nuevo, a peticiòn de ésta, para repreguntarlos.

Opinamos que ese rechazo de declaraciones testimoniales, habiendo sido dadas durante el lapso probatorio, y no constituyendo tales preguntas una nueva promoción, sino sencillamente una parte de la prueba promovida en el lapso de ley, era ilegal. Y consultando después a Feo, encontramos esta acertada opinión del maestro:

"Se ha dudado si no habiéndose repreguntado un testigo por no estar presente quien debiera hacerlo, puede pedir éste que se le cite de nuevo con tal objeto. En años atrás, según nuestros recuerdos, fue resuelto el punto, y la práctica lo ha consagrado así; y hasta se ha creido correcto, y se ha hecho volver a citar a uno repreguntado para hacerle otras preguntas. La dificultad está en

que se le encuentre para la nueva citación. *Es un derecho que da la ley y sólo ella puede quitarlo durante el término probatorio*".

II

En otro juició se discutió la validez de la declaraciòn de unos testigos que depusieron fuera del lapso de evacuación de las pruebas, pero previa la pròrroga del término, hecha por el juez autorizado para ello. Las declaraciones fueron desechadas, por considerarse rendidas fuera del tiempo hábil.

Como jueces, hubiéramos decidido lo contrario. El artículo 152 (6) faculta al juez para prorrogar el término, lo que le prohibe es reabrirlo. Si --como sucedió en aquel caso-- la parte interesada pidió al juez, *antes de estar vencido el término probatorio*, que fijara la segunda audiencia para la declaración de los testigos, y el juez --que por causas que constaron de autos no había podido atender a tal evacuación, por estar ocupado en otros actos preferentes-- así lo acordò, el funcionario obrò legalmente, porque no era imputable a la parte el hecho de no haberse verificado la prueba. Y aun en el sentir de muchos autores puede el juez prorrogar de oficio, sin necesidad de pedimento de parte; aunque esta opiniòn no la encontramos de recta interpretación ante la disposición del artículo 152, que habla de *"la parte que lo solicite*".

Mattirolo, refiriéndose a tal cuestión, opina así: "La dificultad surge cuando el juez *motu propio,* y con motivo de dificultades *de su cargo,* requerido (dentro del término expuesto) por una de las partes para que establezca el día de la aper-

(6) Código de Procedimiento Civil.

tura del examen, lo fija más allá del mismo término o aplaza la continuación del ya comenzado para un día no comprendido en dicho término. En ambos casos tenemos *una prórroga indirecta*, decretada de oficio y por razones personales al juez competente. Ahora bien; dicha prróroga indirecta se considera por muchos como nula, de nulidad absoluta, como efecto de un abuso de poder del juez; porque (se añade) el art. 232 al establecer el término para la prueba, contiene un precepto obligatorio, tanto para las partes como para el juez competente. Somos de opinión contraria. Las exigencias del servicio pueden poner al juez en la imposibilidad de proceder al examen en un día comprendido en el término, y acaso establecido por él, antes de que sobreviniese el impedimento. En tal hipòtesis, negando al juez la facultad de prorrogar el examen fuera del término, se podría producir *un daño irreparable* a las partes, privándolas (por un hecho ajeno a las mismas y que no les es imputable) del derecho de efectuar la prueba. El aplazar el principio o la prosecución de la prueba más allá del término establecido, es para el juez una facultad que si no le está expresamente reconocida por la ley, lo está implícita en las facultades que le concede". Mattirolo cita en favor de su doctrina una decisiòn de la Casación de Florencia; y esa opinión es tanto más decisiva entre nosotros, cuanto que aquí la prórroga del juez *sí está reconocida por la ley.*

Comentando el mismo asunto, dice el Dr. Borjas: "De las palabras del texto que comentamos, "cuando una causa *no imputable a la parte que lo solicite* lo haga necesario", parece deber deducirse que la pròrroga *ope judicis* no puede concederse de oficio, sino a instancia de parte interesada. Es de doctrina, sin embargo, que puede hacerse oficiosamente, cuando sea en interés de la

justicia, por motivos graves no imputables a las partes y antes de vencerse el lapso que se trata de prorrogar. Si el Tribunal, por ejemplo, tiene necesidad de actuar fuera de su despacho en el día fijado anteriormente para tomar una declaración a un testigo, puede válidamente prorrogar el término concedido a éste para comparecer, señalando nuevo día a tal efecto".

III

En una decisiòn de la Corte Suprema, contribuimos a reconocer un principio elemental en materia de prueba testimonial, en los siguientes términos:

"La propiedad es un derecho, y la prueba testimonial sólo puede versar sobre hechos materiales: si de éstos en ocasiones puede inferirse un derecho de propiedad, nunca pueden confundirse ambos conceptos.

"Sobre este punto es unánime la opinión de los juristas. Ricci, a la pag. 371 del tomo I de su obra citada, dice: "No se puede, pues, admitir una prueba testifical que tienda a demostrar que una cosa dada *pertenece* al uno y no al otro de los litigantes"; y cita una decisiòn del Tribunal de Apelaciòn de Venecia, que establece: "La prueba por testigos no puede versar más que sobre hechos y cosas que puedan caer bajo la acciòn de los sentidos". Lessona, a la pag. 226 del tomo II de su obra citada, dice: "Las declaraciones del testigo que depone sobre un hecho, respecto a su carácter jurídico, están privadas de todo valor, no teniendo el juez obligación de tenerlas en cuenta y mucho menos de conformarse con ellas".

Un concepto anormal de la hipoteca

La hipoteca es uno de los pocos contratos solemnes que se conservan en nuestra legislación: es requisito esencial para que la hipoteca exista, requisito *ad solemnitatem,* el registro del título que crea el derecho hipotecario.

Consecuencia de la naturaleza misma que la ley ha dado a la hipoteca, es que constituye una paradoja jurídica hablar de *una hipoteca no registrada:* hablar en tales términos es confesar paladinamente que no se sabe lo que es una hipoteca.

Sin embargo, hemos visto una sentencia en la cual establecen los abogados que escribieron sus considerandos, lo siguiente: *"que como el artículo 1.951 del Código Civil consagra la inexistencia de la hipoteca no registrada, corresponderá a los jueces del fondo del caso decidir si la falta de cumplimienio de la formalidad del registro acarrea la nulidad de la hipoteca*".

¿Quién entiende ese lenguaje? La ley exige como formalidad *sine qua non* para la existencia de la hipoteca el acto del registro: si éste falta, la hipoteca no ha existido nunca, ni puede haberse incorporado a la vida jurídica; *es inexistente,* para decirlo con el lenguaje de la doctrina más elemental.

Mal puede hablarse *de nulidad de una cosa que jamás ha existido:* se anula un acto cuando ha nacido a la vida jurídica, cuando tiene apariencias de validez; cuando un acto no ha existido, no necesita ser anulado, porque los jueces no pueden ocuparse de discusiones sobre lo imaginario.

Se trataba de un documento por el cual una persona declaraba una obligaciòn y decía que constituía garantía hipotecaria sobre un inmueble: el documento fue meramente autenticado. Un año más tarde fue registrado. Dijeron los inefables abogados que correspondía a los jueces de fondo --*si consideraban de orden público la formalidad del registro*-- declarar la nulidad de la hipoteca por haber sido registrada un año después *de su constitución.*

¿Qué significa todo eso? Ya lo dijimos: ignorancia del concepto más elemental de lo que es una hipoteca. Cuando se autenticò aquel documento *no se constituyó ninguna hipoteca:* simplemente obtuvo el acreedor un medio de hacerla constituir, registrando su titulo de acreedor. Fue precisamente un año después, cuando se registrò, que nació la hipoteca: desde ese día fue que ella se incorporó a la vida del derecho, y es desde entonces que puede hablarse de causas de nulidad.

Entre las partes, sabemos todos, hasta los profanos, que la hipoteca no significa nada: en sus relaciones entre él y su deudor, el acreedor tiene la misma garantía, que haya o no haya hipoteca. Esta lo que viene es a constituir una garantía, un privilegio del acreedor sobre el inmueble, ante los derechos de otros acreedores, para que se le pague preferentemente; por tanto, cuando se autentica un documento en el cual el deudor declara su voluntad de constituir una garantía hipotecaria en favor de su acreedor, éste no ha ganado nada ante los demás acreedores, y si

más tarde declara el mismo deudor ante el Registro Público la constitución de una hipoteca sobre el mismo inmueble, ésta es la que crea un derecho de preferencia, ante el cual ha de ceder el que tiene un título auténtico: es, pues, desde la fecha del registro que nace la hipoteca y que el acreedor privilegiado ocupa tal rango.

Además sentaron aquellos juzgadores que cuando se declara en un contrato de préstamo a interés que se ha establecido un plazo, y cuando en ese mismo contrato declara el deudor su voluntad de constituir una hipoteca, es desde la fecha del registro que podría empezar a contarse el plazo: según esa teoría, *lo principal debe seguir a lo accesorio;* vencida la obligación principal, que es la devoluciòn del dinero, debe esperarse a que se registre el contrato, *para que sea válida la hipoteca,* según esa opinión, y para que pueda comenzar a correr el término estipulado; cuando esa garantía accesoria esté vencida, entonces procederá reclamar el cumplimiento de la obligación principal..... (7)

Hermosa teoría talvez. Pero según el derecho universal, un acreedor con un título auténtico en el cual el deudor declara su voluntad de otorgarle una hipoteca, puede hacer registrar su título el mismo día en que habiendo quedado vencida la obligaciòn no ha podido hacerla efectiva, ese día nacerá su derecho hipotecario --que como derecho accesorio, estará también vencido --y podrá entrar a ejecutarlo, salvo el lugar en que deba quedar colocado en grado ese derecho, si hubiere otras hipotecas anteriores en fecha. Entre las partes no podría hablarse de plazo pendiente.

---

[7] Talvez se quiere resucitar aquella anomalía que existió en el Derecho Romano, según el cual la obligación principal prescribía a los 30 años y la hipoteca accesoria a los 40 años: anomalía flagrante que el Código de Justiniano suprimió.

Sustitución de mandato. Un absurdo jurídico.

Se sostuvo en un juicio en el cual fue parte el autor de estas anotaciones, que la muerte de un mandatario que sustituyó el poder debía determinar la cesación de la representaciòn que del verdadero poderdante ejercía el apoderado sustituto. Contra esa absurda pretensión fueron alegadas las siguientes razones.

Establece el artículo 1.763 del Còdigo Civil que la muerte *del mandante* pone fin al mandato; pero no hay ninguna disposición legal --que sería en extremo antijurídica-- que establezca que el mandato termina por la muerte de un mandatario que sustituyó el poder.

El error de los que sostienen tal opiniòn depende de un falso concepto de la sustituciòn. La sustitución no es --como se pretende-- un nuevo mandato: es, sencillamente, una manera de cumplir el mandato recibido. Las relaciones derivadas de la sustitución no ligan al sustituyente con el sustituto, sino al sustituto con el verdadero mandante: el sustituyente no es, no puede ser nunca, un mandante, por lo cual su muerte no puede afectar la representaciòn del sustituto, en ningún caso.

Esta opinión está corroborada por la de eminentes maestros del Derecho. Ricci, en el tomo XVIII de su obra "Derecho Civil", a la pag. 149, dice: *"La sustitución no se efectúa por efecto de un nuevo mandato conferido por el mandatario al sustituto, sino a consecuencia del MISMO MANDATO, por lo que el sustituto representa NO AL MANDATARIO sino AL MANDANTE... Desde el momento en que el sustituto trae sus poderes del mandante, que ha autorizado la sustitución, puede en buen derecho negarse a obedecer los consejos e inspiraciones del mandatario*" (sustituyente).

El Dr. Arminio Borjas, en su modernísima obra "Comentarios al Còdigo de Procedimiento Civil Venezolano", consagra exactamente la misma opinión, a la pag. 161 del tomo I, en la cual dice: *"Las sustituciones que el mandatario hubo hecho válidamente antes de la revocación de su mandato, si no son expresamente revocadas también, quedarán subsistentes. Los sustitutos, como lo hemos dicho, son VERDADEROS MANDATARIOS DEL REPRESENTADO, y la desaparición del sustituyente no puede afectar su nombramiento, mientras el mandante no disponga lo contrario*".

El sustituto no es, pues, un mandatario del sustituyente; el sustituyente no es un mandante; y por lo tanto, la desapariciòn del sustituyente no tiene consecuencia legal alguna sobre la representación que ejerce el sustituto, del mandante.

Oportunidad de recusar.
Lapso de inhibición.

I

Establece el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil que la recusación de los funcionarios judiciales se intentará en cualquier estado del asunto, hasta un día antes del fijado para comenzar la relacion. Y el artículo 117 del mismo Código pauta el modo de recusar: por diligencia *ante el Tribunal.*

Diversos Códigos extranjeros permiten la recusaciòn del funcionario por medio de diligencia ante el Secretario del Tribunal: este sistema es indudablemente mucho más práctico. En el sistema de nuestra ley, entre otros inconvenientes, hemos observado úno digno de atenciòn particular, que vamos a estudiar.

De la combinaciòn de los artículos citados resulta que la recusaciòn de un funcionario judicial sòlo puede hacerse hasta el día anterior al fijado para la relación, y por diligencia ante el Tribunal. Como el procedimiento de recusaciòn es siempre odioso, es muy natural que los abogados

esperen hasta ese día para intentar su recurso, confiando en que el funcionario se inhiba; pero si llegado ese día el Tribunal no da audiencia, como al siguiente comienza la relación, queda prácticamente destruido un derecho sagrado de las partes.

Puede decirse que basta aplicar a tal caso el artículo 156 que establece que si en el día en que haya de efectuarse un acto no hubiere audiencia, éste se verificará en la más próxima; pero a esta soluciòn cabe hacer dos objeciones de orden práctico: la una consiste en que muchos tribunales dan a este artículo una interpretaciòn estricta, para aplicarlo tan sólo a aquellos actos que corresponde fijar al Tribunal, entre los cuales no podría quedar comprendido el acto de recusar, que es privativo de las partes; y la otra, en que, aun aplicando ese artículo, queda cercenado un lapso legal, pues, en efecto, si la audiencia comienza a las 8 de la mañana y el primer acto del Tribunal es comenzar la relación de la causa (todos sabemos que los lapsos de relación se cuentan por días de Secretaría), y el abogado que piensa recusar llega a las 9, ya no podrá ejercer su derecho, porque ya está empezada la relaciòn, y aun cuando, con la aplicaciòn de aquel artículo, su derecho no podía caducar sino al suspenderse la audiencia.

Podría también argüirse que habiendo tales peligros no debe esperarse el último día para intentar la recusación; pero eso equivale a declarar que efectivamente nuestra ley procesal es deficiente en ese artículo, que ordena recusar ante el Tribunal, porque deja en peligro a los litigantes.

Esta objeciòn, y otras que hemos leído en comentadores nacionales, nos inducen a pensar que sería mucho más conveniente establecer el procedimiento de recusación ante el Secretario.

II

Ordena el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil a los funcionarios judiciales inhibirse al conocer que en sus personas exista alguna causa de recusacion, *sin aguardar a que se les recuse.*

Casi todos los jueces de este Estado tienen establecida la práctica de inhibirse después de haber comenzado la relaciòn de la causa, porque alegan que sólo entonces, con la lectura de las actas procesales, pueden imponerse del motivo de su inhibiciòn; y tal práctica está de acuerdo con la opinión de todos los autores, que consagran con sus opiniones el derecho del magistrado de inhibirse en cualquier estado de la causa en que tengan conocimiento de alguna causa para ello.

Pero ni esa práctica ni esa general opiniòn están en perfecto acuerdo con el artículo citado, que ordena al funcionario inhibirse, "*sin aguardar a que se le recuse*"; pero como ya hemos visto que la recusación sòlo puede intentarse hasta la víspera de comenzar la relaciòn, resulta que con esa práctica siempre tendrán los funcionarios que sufrir la recusación, porque no pueden los litigantes dejar sus derechos expuestos a que el funcionario, al hacer relaciòn, no encuentre o no quiera encontrar, la causal de recusación que la parte sí encuentra y que siempre hará valer antes de comenzar la relaciòn, para que no caduque su derecho: de todo lo cual se deduce que entre nosotros no se inhibirán los jueces sinó en aquellos casos en que voluntariamente haya abandonado el interesado el derecho de recusarlo, pues en todos los demás casos se verificará la recusación.

Por lo expuesto, se comprende que lo correcto, por legal, y lo conveniente, por todos respectos, es que los funcionarios cambien esa práctica

y establezcan la de inhibirse antes de comenzar la relación de la causa, y dos días antes, porque en el último día sobrevendrá la recusaciòn. Huelga decir que la publicidad de los juicios permite conocer las causales de recusaciòn sin necesidad de hacer previamente una relación minuciosa de cada expediente. (8)

---

[8] El artículo 111 del Código de Procedimiento Civil confirma nuestra tesis, pues establece que desechada la inhibioión, pueden las partes usar de la recusación : lo cual está diciendo claramente la verdadera oportunidad de inhibirse, porque al empezar la relación ya no puede haber recusación.

Una excepción de ilegitimidad de persona.

El artículo 31 de la Ley de Abogados y Procuradores establece que ejercen ilegalmente la profesión "*los que actúan como abogados o procuradores sin estar inscritos conforme a esta ley*". Ahora bien, dicha Ley ordena a los profesionales, en su título IV, que trata "De la Inscripciòn", dos inscripciones: una que se hace en un Colegio de Abogados de la República y la otra que debe hacerse ante todos los Tribunales. El artículo 44, que se refiere a esta última, dice textualmente: "En todos los juzgados, bien sean Civiles, Criminales, de Comercio o de Hacienda, habrá un cuadro en que estarán anotados por orden alfabético todos los abogados y procuradores que hayan presentado certificado de inscripción, con determinaciòn de su fecha y de la Corporación que lo expidió. Mientras no figure el nombre de un abogado o procurador en el cuadro a que se ha hecho referencia, la PARTE CONTRARIA o el juez pueden hacer uso de los derechos que les concede la presente ley".

Y aun más, según el artículo 3 de la citada ley, "los jueces no admitirán por ningún motivo ni pretexto, como representantes de las partes liti-

gantes, a personas que según las disposiciones de esta ley carezcan de las condiciones exigidas para ser apoderados judiciales".

Dispone, por otra parte, el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, en su excepciòn tercera, que puede oponerse la excepciòn de ilegitimidad de persona al que se presente como apoderado sin "*tener las cualidades necesarias para ejercer poderes en juicio*".

De todas esas disposiciones legales citadas, se infiere que puede oponerse, con pleno derecho, la excepciòn de *ilegitimidad de persona*, por carecer de las cualidades necesarias para ejercer poderes en juicio, a los abogados que no aparezcan inscritos en el cuadro del Tribunal ante quien se ventile la demanda, muy apesar de los jueces que han decidido lo contrario, y que han debido ser los primeros en cumplir con el deber que les señala el artículo 3 de la Ley de Abogados y Procuradores.

Con mayor razón, ante la disposición terminante del artículo 6, procede la excepción contra los profesionales no inscritos ante un Colegio de Abogados.

El artículo 65 del Còdigo de Procedimiento Civil da aún mas solidez à toda esta argumentación, cuando dice que no puede ejercer poderes en juicio quien siendo abogado o procurador "*esté impedido de ejercer*".

Desocupación de la casa embargada.

El juez ejecutor que embarga un inmueble, debe imponer su desocupaciòn, cuando el ejecutado la ocupare, si el inmueble pudiere producir frutos que sirvan para el cumplimiento de la obligación: tal es, en parte, la disposiciòn contenida en el artículo 459 del Còdigo de Procedimiento Civil.

Apesar de ser tan clara la ley, que ordena al juez imponer la desocupación de oficio, ha habido tribunales que han negado la petición que se les ha hecho para que hagan desocupar la casa embargada en un juicio de ejecuciòn de hipoteca, alegando que es inaplicable al embargo *de casas* aquella disposición.

Si no fuera porque el argumento lo han repetido varios tribunales, parecería tan peregrina manera de interpretar la ley, la resultante de un cerebro desequilibrado: en efecto, cuando la ley es clara no se interpreta y cuando la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir; y es muy claro el artículo 459, al referirse a inmuebles que puedan producir frutos, y no establece su texto ninguna distinción que justifique la no aplicación a *las casas embargadas* de la regla que establece sobre desocupaciòn.

Y ni siquiera podrían justificar tales tribunales su decisiòn con su ignorancia sobre el concepto legal de frutos; porque muy claramente les fue expuesto el concepto jurídico de los frutos civiles, entre los cuales quedan comprendidos *los alquileres de las casas*, que sirven muy bien para el cumplimiento de la obligaciòn.

Es, pues, una aberraciòn inexplicable, si no tiene un fin ilícito, retardar la desocupación de la casa embargada que el ejecutado ocupe, so pretexto de caer tales inmuebles bajo el imperio de un imaginario derecho especial.

Concepto jurídico de la ampliación y de la aclaratoria.

Una sentencia de la Corte Superior del Estado Lara, al decidir en un juicio civil, condenó a una persona que había sido parte en dicho juicio, pero la cual había dejado de serlo aun antes de la sentencia de primera instancia, por haber cedido sus derechos a un extraño: la parte vencedora pidiò que se ampliara el fallo y que se estableciera en la ampliaciòn que el condenado era el dicho cesionario, y así lo hizo dicha Corte. Fue interpuesto recurso de apelación contra esa sentencia, que era confirmatoria de la de primera instancia, y la Corte, comprendiendo su error al conceder una ampliación que no podía ser tal, oyó libremente la apelación; y decimos que comprendiò su error, porque si así no hubiera sido, siendo confirmatorio su fallo, hubieran existido dos sentencias iguales, y no habría procedido la tercera instancia, como en efecto procedía.

La confirmaciòn de la Corte Superior era una mera apariencia: en realidad, su fallo era sustancialmente distinto, por referirse a una persona que no figuraba ya en el proceso y nó a la que en verdad era parte en el juicio.

Así lo hicimos resaltar ante la Corte Suprema, ante la cual, en síntesis, informamos en los siguientes términos:

"La Corte Superior, a petición de parte, amplió su fallo, indicando que la sentencia obraba contra el cesionario; pero esa ampliación es ineficaz, al tenor del artículo 164 del Código de Procedimiento Civil, que limita la facultad del tribunal sentenciador a "aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculo" o a "dictar ampliaciones": en el caso en estudio no hay nada dudoso, porque es clara la condenación, no hay errores ni omisiones, y no hay ningún punto pendiente, por lo cual no cabía ampliaciòn alguna. La improcedencia de la ampliación referida está reconocida por toda la doctrina. Feo, a la pag. 272 del tomo I de su obra "Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano", dice que "*con la aclaratoria o ampliación no puede alterarse lo decidido*: *se aclara*, *si está oscuro, o se completa, si es deficiente en algún detalle*"; y el Dr. Reyes, en sus "Anotaciones al Còdigo de Procedimiento Civil", a la pag. 35, que dice, que "*se pueden aclarar los puntos dudosos, rectificar errores de copia.... dictar ampliaciones*, QUE NO DEBEN LLEGAR A LA MODIFICACION DEL FALLO."

Sin embargo, la Corte Suprema decidió *que no tenía jurisdicción,* por ser iguales los dos fallos recaídos....

Más tarde, el doctor Celestino Farrera, jurisconsulto eminente, a quien consultamos sobre tal punto, nos diò la siguiente valiosa opinión:

"Me refiero a la alteración hecha por la Corte Superior en la sentencia ya dictada y publicada, cambiando el nombre de la persona condenada.

"Ese cambio no es la aclaratoria de un punto dudoso, no es la salvatura de una omisión, no

es la rectificación de un error de copia, de referencia o de cálculo numérico; no es tampoco una ampliaciòn en el verdadero sentido de la palabra. No está, pues, tal cambio, dentro de la facultad limitativa que a los tribunales concede el artículo 164 del Còdigo de Procedimiento Civil.

"Lo que la Corte Superior hizo fue propiamente, y sin ningún género de duda, una reforma del fallo, y eso le estaba terminantemente vedado por precepto expreso del mismo artículo 164 citado. Infringió, por tanto, la ley, de manera flagrante".

No hubo lugar a la apelación que le concedía al perjudicado por la sentencia de la Corte Superior --que no era parte-- el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, ni al recurso de casaciòn, por haber terminado el juicio por transacción.

Naturaleza jurídica de la oposición interdictal.

Sobre la naturaleza jurídica de la oposición en el juicio interdictal, contribuimos en la Corte Suprema a establecer la siguiente jurisprudencia:

"Escriche, en su diccionario técnico, define así la incidencia: "Lo que sobreviene en el decurso de algún asunto, negocio o pleito". Según ese concepto, que la Corte acoje, la oposición al decreto restitutorio sí constituye una incidencia del juicio interdictal, y no es asimilable a la litis-contestación. La litis-contestaciòn es un acto esencial del juicio ordinario: ya sea que se contradiga la demanda, que se convenga en ella o que sea declarado desierto el acto, no puede faltar éste, so pena de nulidad del juicio. La oposiciòn, por el contrario, es en el juicio interdictal un mero accidente: haya o nó oposiciòn, queda abierta la articulaciòn y planteado el problema judicial.

"Sobre la litis-contestación no recae necesariamente y en orden inmediato, una decisiòn judicial: si se contradice la demanda, es entonces cuando comienza el debate judicial; y si se conviene en ella, queda terminado el juicio y deben imponerse las costas al que haya convenido. La oposicion tiene un carácter autonómico: sobre ella

debe recaer de un modo inmediato una decisión, ella provoca una incidencia, y además, por su esencia misma, no puede ser nunca un convenimiento.

"Asimilar la litis-contestaciòn a la oposición en el juicio interdictal, para concluir que éste no puede dar lugar a costas, es, en el concepto de esta Corte, juzgar erròneamente: porque --ya queda dicho-- la litis-contestaciòn no excluye las costas, y por el contrario, las hace impretermitibles cuando se conviene en la demanda y se ha dado lugar al procedimiento (artículo 207 del Código de Procedimiento Civil).

"Resumiendo: la litis-contestación es un acto esencial del juicio; la oposiciòn es *una simple incidencia* del juicio interdictal.

"El artículo 172 del Còdigo de Procedimiento Civil establece que el que sea totalmente vencido en una incidencia, deberá ser condenado al pago de las costas, o racionalmente eximido de ellas: la ley no consagra distinciòn entre clases de incidencias, y por tanto el intérprete no debe distinguir.

"Queda, pues resuelto, que sí procede la imposición de costas a la parte vencida en la oposiciòn al decreto restitutorio, o la exenciòn razonada, por dar lugar la oposición a una verdadera incidencia".

Ideas sobre costas.

I

Hemos oído sostener --y hasta hemos leído esa opinión-- que en materia de costas la innovaciòn del Còdigo de Procedimiento Civil de 1916 es pura cuestiòn de palabras: que el còdigo anterior ordenaba condenar en costas al litigante temerario, y bastaba decir en los fallos que no había temeridad para quedar absuelto de las costas el perdidoso; y que el vigente manda a imponer las costas al vencido, que puede ser eximido de ellas al decir el fallo que tuvo motivos racionales para litigar.

Esa opinión se basa en un error, que algunos tribunales han pretendido consagrar y aun lo han logrado en muchos casos: consiste tal error en creer que basta que la sentencia diga que el vencido "tuvo motivos racionales para litigar", para que la exención surta su efecto legal. Y así hemos visto al litigante que ha triunfado quejándose de falta de imposición de costas cuando alguna sentencia ha eximido al vencido en la forma dicha.

Pero ni esa es la mente ni esa es la letra del artículo 172 del Còdigo de Procedimiento Civil, cuando establece que "no surtirá efecto la exención que no esté motivada, y en este caso, la parte totalmente vencida se entenderá condenada en las costas". Por tanto, esa expresiòn vacía, "tuvo motivos racionales para litigar", equivale en una sentencia a no decir nada, y las costas quedan impuestas, de derecho, a la parte vencida: para que la exenciòn valga, debe ser motivada, es decir, fundada en razones que deben expresarse claramente y que deben constar, naturalmente, de los autos.

La regla del artículo 172 es, pues, la imposición de costas al vencido: la exenciòn es una derogaciòn del principio, que estando rectamente aplicado comportará muy raras excepciones.

Era muy fácil y corriente decir que no había temeridad en el vencido, siendo el juez soberano en la apreciación de la temeridad; mientras que es generalmente difícil encontrar razones justas que hagan racionalmente eximible de costas al perdidoso: por lo cual es muy superior y ventajosa la ley nueva.

El Dr. Pedro M. Reyes, en sus interesantes "Anotaciones al Código de Procedimiento Civil", dice, comentando con gran claridad la cuestión de costas, lo siguiente: "Esta declaratoria es tan esencial que si no se motiva se presume la condenaciòn en costas. Antes bastaba estampar en el fallo la consabida frase *con o sin especial pronunciamiento en costas*, ya se delarase con o sin lugar la demanda; y lo mismo en los incidentes....Si la exenciòn de costas no está motivada, la parte a quien favorece debe pedir al sentenciador que la razone....Si el tribunal apesar de la solicitud, no la motiva, entonces tampoco surte efectos la exención".

II

También es muy corriente la creencia de que cuando un tribunal de alzada revoca un fallo e impone las costas al vencido, se entienden únicamente las costas de la instancia, de conformidad con la disposición que manda a condenar en las costas del recurso a quien haya apelado de una sentencia que se confirme en todas sus partes. Contra esa creencia escribiò probablemente el Dr. Reyes, lo siguiente: "La 3ª Instancia declara con o sin lugar todos los puntos; en este caso deben imponerse las costas a la parte que resultare vencida totalmente. Más ¿qué costas comprende la condenación? *Todas las del juicio*, de primera instancia, de ésta a segunda, y de ésta a tercera; porque el artículo no hace excepción: dice, será condenada al pago de las costas del juicio o de la incidencia, y el juicio comprende lógicamente todas las instancias".

Nos ha parecido inexplicable, en un caso en que la sentencia ha silenciado sobres costas, la actitud del abogado triunfador pidiendo ampliación sobre costas, que estaban impuestas por ministerio de la Ley.

III

Sobre esta materia de costas contribuimos en la Corte Suprema a establecer la siguiente jurisprudencia:

"Cuando la parte apelante resulta vencida, es decir, cuando se confirma la sentencia apelada, la imposición de costas es preceptiva, ineludible. Si el apelante triunfa y la sentencia queda revocada, debe entonces el tribunal de alzada imponer las costas a la parte totalmente vencida, aunque no haya dado lugar a la instancia, pues el criterio

legal es el vencimiento total; para que el no apelante vencido quede exento de las costas del juicio, se necesita que sea expresa y razonadamente eximido de ellas.

"Bajo el imperio del código derogado, el no apelante, que estaba favorecido por una sentencia, no podía ser condenado en costas aunque resultara vencido por su contrario en el tribunal de alzada, porque no podría juzgarse temerario a quien había obtenido nna sentencia en su favor; pero bajo el imperio de la ley vigente, el totalmente vencido, en cualquier instancia que sea, debe sufrir el pago de las costas del proceso, salvo que sea eximido por motivos racionales".

Se dijo en ese fallo que la parte vencida "aunque no haya dado lugar a la instancia", debe pagar las costas: fue aquella frase una manera de expresar con claridad que no se necesita ser apelante --quien tiene tal carácter puede destruir la instancia renunciando a su apelaciòn-- para ser responsable de las costas. En realidad, la parte vencida habrá dado lugar, siempre, a todas las instancias, sea o nò apelante, porque del hecho de sostener ella la tesis desechada por el tribunal de alzada es que se derivan todas las instancias.

Concepto de la asistencia que debe prestar el abogado al procurador.

Preceptúa el artículo 26 de la Ley de Abogados y Procuradores, que éstos deben estar asistidos de abogado en los actos de promociòn de pruebas, y en los otros actos que ese mismo artículo señala.

En un caso concreto, un procurador presentó su escrito de promociòn de pruebas, y en la nota de presentación hizo constar el Secretario que el escrito había sido presentado personalmente por él, sin hacer referencia a abogado alguno: aparecía sí, a continuaciòn de la firma del procurador, el nombre de un abogado de la localidad.

Oportunamente pedimos al juez de la causa que desechara las pruebas promovidas por el tal procurador, por no haber estado *asistido* de abogado; y así lo decidiò rectamente dicho juez. Fue apelada tal decisión, por alegar la parte contraria que bastaba para llenar los extremos de la ley que hubìera *la firma* de un abogado, y que en todo caso, sólo procedía la multa disciplinaria, pero nò la nulidad del acto.

Resumimos seguidamente los alegatos nuestros ante la Corte Superior. Dijimos que la asis-

tencia no podía ser nunca una sencilla firma. "Asistencia--dice Escriche-- *es presencia actual*": según esa definición, que es la que corresponde al idioma legal, el abogado *debe estar presente* en todos aquellos actos en que la ley requiere su asistencia. La consecuencia de esa falta es la nulidad del acto: en efecto, la ley establece en sentido imperativo, *que deben* estar asistidos de abogado los procuradores en tales actos, y toda falta a un imperativo de la ley acarrea nulidad, salvo disposición en contrario. Es antijurídico sostener que la única consecuencia de la no asistencia del abogado, sería la multa disciplinaria para el procurador. Entre ambos profesionales hay una diferencia *de calidad*: establecer que los procuradores pueden válidamente contestar demandas, promover pruebas, informar, sin más consecuencia que una multa en cada caso, es equiparar ambas profesiones, es consagrar el principio, contrario a la ley, de que sólo hay entre abogados y procuradores una diferencia *de cantidad:* pues en efecto, pagando éstos sus tres multas --trescientos bolívares en total-- pueden ellos asumir plenamente el ejercicio de la profesiòn de abogado, en contra del espíritu, el fundamento y la letra de la Ley. Además, nada probaba en autos que esa firma de un abogado fuera auténtica: ¿por qué se le iba a dar a una firma ni siquiera reconocida por el que se decía su autor, todo el valor de *una asistencia* del abogado al acto?

La Corte Superior, desconociendo la letra de la ley, dispuso que sí era válida la promoción del procurador no asistido de abogado, porque bastaba para la validez, esa firma estampada por un abogado. La Corte Suprema confirmó tan ilegal jurisprudencia; y sostuvo en su fallo que la firma del abogado era suficiente para llenar el fin de la ley, *que era imponer la revisión de las pruebas por*

un abogado, y que en cuanto a la autenticidad de la firma de éste se presumía, *porque la buena fé se presume.* (9)

Ante la necesidad de desechar la promoción, en último caso por la falta de autenticidad de la firma del abogado, la Corte se abroqueló, para decidir lo contrario, en una presunciòn que no consagra universalmente nuestra ley. En efecto, ¿qué disposición de la ley consagra en términos generales que la buena fé se presume? Existe el artículo 778 del Còdigo Civil que establece la presunciòn legal de que *en materia de posesión la buena fé se presume siempre.* Pero esa es una presunción que sòlo puede aplicarse a esa materia: a la posesiòn. Extenderla más allá, es legislar, es abusar de la autoridad judicial.

"Las presunciones legales --dice Ricci-- son de *interpretación estricta*, toda vez que sin un texto preciso no hay presunción legal; *en su virtud, cuando de ella se trata, no habiendo texto de la ley,* no es LICITO ARGUMENTAR POR VIA DE ANALOGIA". (Ricci, tomo XI, pag. 117).

Esa opinión del eminente maestro es indiscutible. ¿No fue, pues, una invenciòn de la Corte Suprema esa presunción de buena fé para aplicarla a la autenticidad de firmas? Según esa teoría, está demás el sistema de autenticaciones que establece la ley, porque toda firma debe presumirse auténtica.

Según esa teoría, si una persona se presenta en juicio como apoderado de otra, sin presentaciòn de poder, no puede prosperar contra ella la excepción de ilegitimidad de persona: la buena fé se presume, tal persona *debe efectivamente ser apo-*

---

(9) Cuando el legislador usa el término *debe*, está indicando que lo que él establece es imperativo, no facultativo; y es torcida toda interpretación que declara facultativo lo que la ley hace imperativo.

derado.... Dirán talvez los Ministros de aquella Corte, que consagraron tal presunción universal, que no es aplicable a nuestra hipótesis su teoría; pero cuando se acepta un principio, es preciso aceptar sus consecuencias, por duras que sean.

Por otra parte, la Corte Suprema estableció una distinciòn, que la ley no establece: dijo, en efecto, dicho Tribunal, que en los actos de contestación de demanda y de informes sí era precisa la comparecencia personal del abogado juntamente con el procurador, pero que como la promoción de pruebas *"no era un acto"*, no podía exigirse tal comparecencia personal: el artículo 26 de la Ley de Abogados y Procuradores no hace distinciones, ordena simplemente que en los actos en él enumerados *debe* el procurador estar asistido de abogado, y entre esos actos está la promoción de pruebas. "Es regla de interpretaciòn, la primera de todas, que cuando una ley es clara no se interpreta y *que cuando el legislador no distingue el intérprete no debe distinguir*", dice una sentencia de la Corte Federal y de Casaciòn de 1° de febrero de 1917: la Corte Suprema violó también ese principio.

La presunción de buena fé.

I

Hemos sostenido que la presunción de buena fé que establece el articulo 778 del Código Cívil debe aplicarse solamente en materia de posesión, porque las presunciones legales son de interpretaciòn estricta. (10)

El mismo artículo 778 confirma esta tesis, al decir en su último aparte que "*bastará que la buena fé haya existido en el momento de la adquisición*", es decir, en el momento de la adquisiciòn de la poseciòn, y eso revela claramente el alcance de la presunción.

Sin embargo, se ha sostenido la tesis contraria, y ya dejamos estudiado en el capítulo anterior un caso de aplicaciòn de ella. El Dr. Francisco J. Parra, en un artículo publicado en el número 153-154 de la "Revista de Derecho y Legislación", defiende la extensiòn de la presunción de

---

(10) "Las presunciones deben resultar de una *ley especial*. Su número es, pues, limitado. No se puede extenderlas por vía de analogía, *y los textos que las establezcan son disposiciones strictissimae interpretationis*". (Colin y Capitant, "Droit Civil Francais", tomo II, pag. 233).

buena fé a todos los actos jurídicos, basándose en que el artículo 778 dice: *"se presume siempre"*. Pero nosotros entendemos *que se presume siempre la buena fé en materia de posesión,* porque el artículo citado pertenece al título que trata "De la posesión", y no al "Título Preliminar", que es el que contiene las disposiciones de carácter general.

La Ley no establece ninguna presunciòn de carácter general sobre la buena o la mala fé de los actos humanos: en ciertos casos establece la presunción de buena fé, y en otros presume el dolo, por lo cual no puede decirse, con el Dr. Parra, que la ley no presume el dolo, ya que él mismo cita un caso en que sí lo presume. En los casos en que existen una u otra presunciòn legal, se está dispensado de la prueba; y cuando no la hay, la carga de la prueba de la buena o de la mala fé correspondc a quien la alega.

En este sentido se pronunciò nuestra Corte Federal y de Casación, en su sentencia de 10 de abril de 1907. Establece el artículo 2008 del Código Civil que la cesiòn de bienes es un beneficio que la ley concede a los deudores *de buena fé,* y se pretendía que el cedente tenía en su favor la presunciòn legal del artículo 778. La Corte dijo: "El cedente es un actor, obra contra sus acreedores para que el tribunal los obligue a aceptar la cesión, y como al actor incumbe la prueba, *debe probar su buena fé."* Dió así la Casación a la presuncion legal su verdadero alcance.

Es verdad que más tarde la Casación cambió tan acertada interpretaciòn y estableció, en sentencia de 12 de febrero de 1913, que "no hay duda de que la presunción de buena fé rige no solamente los hechos de la posesiòn, sinó también los demás actos civiles del hombre"; y que ya anteriormente el mismo Tribunal, en sentencia de 12 de abril de 1890, había establecido, en un ca-

so de representación sin poder, que "la buena fé se presume", y que el representante sin poder no necesita probar su personería.

Pero no creemos que estas interpretaciones estén de acuerdo con nuestras leyes, porque el intérprete no puede, sin incurrir en extralimitaciòn de sus funciones, hacer general lo que la ley consagra de manera especial. Del mismo orden jurídico que la presunción establecida por el artículo 778 son las establecidas por los artículos 2012 del Código Civil, 950 del Còdigo de Comercio y 61 del Código Penal: el primero presume que son *de mala fé*, dolosas, ciertas operaciones realizadas porque el que hace cesión de bienes; el segundo declara nulos, también por presumirse *de mala fé*, determinados actos efectuados por el fallido; y el tercero, al consagrar que se reputan voluntarios los actos delictuosos establece *una presunción de dolo,* una intenciòn dañada en todo el que viola la ley penal; y ¿quién pretendería extender esas presunciones *de mala fé*, creadas por la ley en casos especiales --lo mismo que fue creada la *de buena fé* para la materia especial de la posesión-- a todos los actos humanos?

La verdad, en nuestro concepto, es que la ley no ha establecido ninguna presunciòn general de buena ni de mala fé, y por tanto ni una ni otra se presumen *siempre*. Cuando una ley especial no establezca una u otra de tales presunciones, corresponde a quien alegue determinada cualidad para un acto jurídico, hacer su prueba. Y buena o mala la ley, el juez --como ha escrito un jurisconsulto nacional--no debe deliberar acerca de la bondad de ella, sino aplicarla, como un soldado.

Estableciendo nuestra legislación, como queda dicho, la *presuntio doli* para todos los hechos delictuosos, que forman tan numeroso grupo, no puede decirse que *la ley no presume el dolo* ni que

todos los actos humanos están protegidos por una presunción universal de buena fé, sin desconocer los principios legales que nos rigen.

II

Los doctores José Domingo Tejera y Régulo Pérez, en reciente publicación, sostienen: "Una vez sentado en derecho que la buena fe se presume i que quien alega la mala debe probarla, no se puede ni siquiera discutir, que desde que demando a una persona es porque me creo con derecho".

Dan, pues, los distinguidos colegas, a la presunciòn legal de buena fe, la extension que criticamos. Para ellos y para todos los que opinan en igual sèntido, sería muy fácil eximir de costas a la parte vencida en un juicio, con el siguiente razonamiento: "Se exime de las costas a la parte vencida, porque tuvo motivos racionales para litigar, pues como la buena fé se presume, no puede creerse que nadie litigue sin motivos racionales".

Pero, en nuestro humilde concepto, esa exenciòn de costas sería nula, porque los motivos racionales no se presumen, sino que debe estar acreditados en los mismos autos. (11)

---

[11] Véase el capítulo "Ideas sobre costas".

Oposición al embargo.

El artículo 469 del Código de Procedimiento Civil es muy claro al determinar que la oposiciòn al embargo debe decidirse de acuerdo con la prueba que de su derecho posesorio haga el opositor: la propiedad en nada puede influir sobre una decisiòn de tal incidencia.

Sin embargo, hemos visto a Jueces de Distrito declarar con lugar oposiciones a embargo por haber demostrado, según ellos, derecho de propiedad sobre la cosa embargada, los opositores; y ese sistema, evidentemente ilegal, causa no pocos trastornos.

Aunque la ley es muy clara, ojalá tengan siempre presente tales jueces esta glosa del Maestro: "Es la posesiòn con título que le da el derecho de tener la cosa, lo que ha de probar el opositor. *La propiedad,* la plena posesiòn misma, *no se pueden discutir en una incidencia*, sino en un juicio plenario formal"; y esta decisiòn de nuestra Casaciòn: "Sin la prueba de estar el oponente en *posesión real* de la cosa objeto del embargo, no puede decretarse la suspensión de éste".

Un caso de caducidad.

I

Hemos sostenido en dos juicios de ejecución de hipoteca, que el artículo 535 del Còdigo de Procedimiento Civil consagra una *lapso de caducidad* para todas las acciones que el ejecutado no haga valer en el término de 8 días que fija dicho artículo para hacer oposiciòn a la ejecución hipotecaria.

Dicho artículo, en efecto, establece, que "el deudor o el tercero poseedor podrán hacer oposición en el término de ocho días contados desde que se les intime al pago, y si residieren fuera del lugar donde se halle el Tribunal, tendrán un día más por cada treinta kilómetros: VENCIDO ESTE TERMINO NO SERAN OIDOS".

Las demandas intentadas por los ejecutados contra la validez de la hipoteca después de vencido el lapso de 8 días, son oposiciones disfrazadas bajo nuevo aspecto, y contra ellas procede *la excepción de caducidad* que establece el artículo 257 del Código de Procedimiento Civil, en su número 3º.

Cuando el ejecutado es intimado al pago perentorio de la deuda hipotecaria, debe oponer necesariamente, dentro del lapso de oposición, todas sus acciones contra la hipoteca: solamente dentro

de ese lapso prefijo puede el ejecutado alegar que la hipoteca es nula, que no está vencida, que es inejecutable por cualquier razón.

En un caso concreto fue opuesta tal *excepción de caducidad* contra una demanda que tendía a anular una hipoteca, a la cual ya se había hecho en el procedimiento de ejecuciòn una infundada oposición. Cuando iba a comenzar la relaciòn de la incidencia provocada por ésta, se introdujo la demanda, que fue acumulada al juicio especial, a-pesar de las muchas razones que invocamos en contra de tal acumulaciòn de un juicio ordinario a un juicio de procedimiento especial. La contraparte no contradijo la excepciòn, por lo cual a la procedencia de la misma vino a sumarse la confesión ficta. Sólo en informes compareció la contraparte a alegar que la *prescripción* de las acciones de nulidad era de cinco años, por lo cual debía desecharse la excepción.

Ya nosotros, en previsiòn de tal confusión, hija legítima de la ignorancia, habíamos dicho lo siguiente al oponer la excepciòn:

"Caducidad es el perecimiento de un término", dice Dominici. La ley, queriendo proteger de una manera enérgica el crédito hipotecario, ha pautado un procedimiento especial, rápido y sumario, para la ejecuciòn de los créditos de tal clase; y ha establecido esa caducidad de ocho días, pasados los cuales ya no es posible alegar nada contra la validez de la hipoteca, aun cuando pudiera haber contra ella motivos plausibles para atacarla: una imperiosa necesidad de orden público justifica la gravedad de la regla.... La negligencia es penada siempre por la ley procesal: un demandante vencido en primera instancia, tiene en su poder un documento público que decide el caso a su favor, pero no apela en el término de ley, y su causa queda irremisiblemente perdida, porque por sobre

el interès particular predomina el interés social, que la ley proteje. Esa es la mente de las caducidades.

"La caducidad es una razón de derecho, de orden público, es un plazo fatal no sujeto a interrupción ni suspensiòn: la caducidad obra *aunque nadie la alege y aunque las partes convengan en renunciarla*" (Memoria de la Corte Federal y de Casación de 1918, pags. 178 y 179). "La caducidad no es otra cosa que el vencimiento del plazo que concede la ley para ejercitarla. La característica de los términos de caducidad es que son fatales, corren contra todo el mundo, no están sujetos a interrupciòn ni a suspensiòn alguna y en eso se diferencian *de las prescripciones*" (Dr. Reyes, "Anotaciones al Código de Procedimiento Civil"). "Las caducidades resultan de la expiración de los plazos concedidos por la ley para el ejercicio de una opciòn o de una facultad cualquiera. La caducidad trae consigo un lapso fijo al cual la ley, al conceder una acciòn, ha limitado su ejercicio. Cuando la ley por razones particulares que corresponden *al carácter de la acción* (recordemos que la acciòn hipotecaria tiene un carácter especial) y a la naturaleza de los hechos o relaciones jurídicas que le dan nacimiento, no la ha acordado sino con la condiciòn de su ejercicio en un tiempo *previamente fijo*, la expiraciòn de ese tiempo envuelve *una caducidad*" (Aubry y Rau, tomo VIII, pag. 426). "La caducidad se verifica *adversus omnes*.... Ni el caso fortuito ni la fuerza mayor ejercen influencia en el curso de la caducidad.... La caducidad se opera de pleno derecho por el vencimiento del término establecido, sin necesidad de declaración del Juez" (Mattirolo, tomo II, números 336 y 338). "La caducidad produce efectos contra todo el mundo, porque los lapsos legales se conceden para proponer determinados recursos en la manera que

las leyes ordenan" (Dominici, tomo IV, pag. 395)."

El juez de primera instancia desechó la excepción, sosteniendo que la accion deducida *no estaba prescrita*, porque no se habían vencido aun los cinco años que para la acciòn de nulidad determinaba la ley; confundiendo así la prescripción, que es un derecho de orden privado, que puede ser renunciado, que *debe ser* alegado expresamente y que está sujeto a términos susceptibles de interrumpirse y suspenderse, con la caducidad, cuyos caracteres típicos quedan ya determinados. Estableció tal sentencia que el artículo aplicable era el 1368 del Còdigo Civil; pero precisamente dicho artículo contiene la disposiciòn que lo hacía inaplicable al caso de autos, cuando dice: "SALVO DISPOSICION ESPECIAL DE LA LEY"; y justamente el artículo 535 del Código de Procedimiento Civil contiene esa *disposición especial de la ley*, cuando estatuye que en los juicios de ejecución de hipoteca la oposiciòn debe ser hecha en el término perentorio de ocho días. Mas, para darle apariencia de solidez a su fallo, agregó el sentenciador que para que la acción de nulidad no prescribiera por cinco años, la "disposiciòn especial" *debía ser también de la ley sustantiva.* ¿Qué ley autorizaba al sentenciador para distinguir entre la ley sustantiva y la ley procesal, en este caso, cuando son precisamente las leyes adjetivas las que establecen *el plazo* y modo de ejercer los derechos en juicio? Violó dicho juez la regla elemental de interpretación de que cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir, y al consagrar tal distinción abusò de su autoridad y *legisló.* Es verdad que cuando hay colisión entre las leyes sustantivas y las procesales, predominan aquellas; pero cuando la ley procesal, en armonía con la ley sustantiva, determina un lapso especial, autorizado por aquella --como sucede cuando el Código Civil

habla en aquellos términos, "salvo disposición especial"-- predomina la disposición adjetiva.

Además, sostuvo el sentenciador que habiendo menores interesados, no podía prescribir la acciòn intentada sino cinco años después de que aquellos llegaran a la mayor edad, siguiendo su sistema de considerar una prescripciòn que *nadie había opuesto*, con violación flagrante del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Para comprender tal decisión y la crítica que vamos a hacer de la sentencia de segunda instancia, es preciso dar más amplios detalles de esta cuestiòn: la hipoteca que se ejecutaba, había sido constituida por una persona, que había adquirido el inmueble hipotecado "para su exclusiva propiedad", según rezaba textualmente su título de adquisiciòn debidamente registrado; al hacer oposición a la ejecución, los apoderados contrarios alegaron que no estaba vencido el plazo, porque el documento decía "prorrogable a voluntad de ambas partes", y que aun cuando era clara la voluntad del acreedor de no prorrogar, debía prevalecer la voluntad del deudor *por sí sola* para verificar la prórroga, porque el plazo se presume establecido en favor del deudor: huelga decir aquí que el mismo artículo 1241 del Código Civil destruía esa presunciòn en el contrato de préstamo a interés --que era el que garantizaba la hipoteca-- y ante mis alegatos comprendieron los contrarios que era inevitable su fracaso. Fue ante esa situaciòn que los contrarios tuvieron *una gran idea*: como la persona que constituyó la hipoteca era viuda, pensaron ellos que muy bien podría decirse que el dinero con que fue comprado el inmueble hipotecado era *en parte* de los menores, y que en tal caso procedía *la nulidad de la hipoteca* por la parte de tales menores, por no haberse obtenido la autorización judicial: tal confesión sòlo tenía la virtualidad jurídica de constituir a la

persona que dispuso en beneficio propio de dinero ajeno, en deudora de sus menores hijos, pero jamás hacer a éstos comuneros en el inmueble. Procedía, por tanto, contra tal demanda la excepción de *falta de cualidad* de los actores, de conformidad con el artículo 2205 del Còdigo Civil, por no haber sido ellos partes en la adquisición del inmueble hipotecado ni en la constituciòn de la hipoteca, por lo cual tales contratos no podían originar acciones en favor de ellos; pero preferimos como previa *la de caducidad,* porque dada su procedencia y su procedimiento de mero derecho, era más rápida su tramitación.

Expuestos tales antecedentes, vamos a continuar. Ante la segunda instancia repetimos toda la argumentaciòn favorable a la procedencia de la excepciòn; y ésta al decidir estableció: que era procedente la excepciòn de caducidad contra el tercer poseedor; pero que como los menores *se decían comuneros y los comuneros no son terceros poseedores*, no debía la excepciòn prosperar en el caso de autos.

Por razones que estudiamos en otro capítulo de este libro, bajo el título "Concepto jurídico de la ampliaciòn y de aclaratoria", apelamos del fallo de segunda instancia. Ante la tercera instancia analizamos, del siguiente modo el concepto del tercer poseedor:

"*Quién se considera tercero* --se pregunta Ricci, a las pags. 173 y 174 del tomo XX de su obra "Derecho Civil"-- para los efectos *de la acción hipotecaria.* Tercero es todo el que posee, *cualquiera que sea su título,* el inmueble hipotecado y es extraño a la acción que liga al deudor con el acreedor". "Terceros poseedores --dice Dominici-- son los que retienen o poseen el *inmueble hipotecado* a título de dominio, sin estar obligados personalmente con el acreedor".

"*El comunero*, con respecto a cualquier obligaciòn real contraida por alguno de sus copartícipes, es tercer poseedor, aun cuando de hecho no tenga la tenencia material de la cosa común. Como dice Ricci, a la pag. 99 de su obra, en el tomo XI, "el condueño posee la cosa común en su nombre y en el de los demás interesados"; y a la pag. 11 del mismo tomo asienta que "si uno de los copartícipes posee la cosa común, su posesiòn *es una posesión de condominio.*" Decir que un comunero no es poseedor jurídico es negar los efectos de la comunidad, que es poseer de conjunto una cosa.

"La ejecutada, al demandar la nulidad de la hipoteca, en nombre de sus menores hijos, pretendiendo para ellos el carácter de comuneros. carácter que siempre les negaré, ha ocupado el rango de un tercer poseedor, que comparece extemporáneamente, por lo cual procede contra tal demanda la excepciòn de caducidad, de conformidad con el artículo 535 tantas veces citado. La deudora hipotecaria fue notificada de ejecuciòn; y esa notificación valía también contra sus menores hijos --en la hipótesis siempre negada de que pudieran ser comuneros-- a quienes ella representa, por ejercer sobre ellos la patria potestad, porque sería la que tendría el *animus* en la supuesta posesiòn de sus menores hijos sobre la imaginaria cosa común, y no habiendo ejercido en nombre de ellos ningún derecho en el acto de la oposición, dejó *caducar* --la caducidad obra contra los menores-- cualquier derecho que ellos hubieran podido alegar en la oposición. La ley ordena a los jueces prescindir de sutilezas: pretender desdoblar la personalidad jurídica de la deudora hipotecaria, para decir que sabía la ejecución de la hipoteca por cuanto sus derechos y no por cuanto los que pudieran tener sus menores hijos, habiendo constituido ella misma

la hipoteca y no pudiendo nadie ignorar la ley, es un absurdo jurídico espantoso. Pero hay todavía más: consta de autos que la deudora hipotecaria y sus menores hijos ocupan el inmueble hipotecado, es decir, que no sòlo tienen los menores el *animus* --en el supuesto negado de que la casa fuera común-- sino también el *corpus*, por lo cual queda indubitable su carácter de terceros poseedores en mora, incursos en caducidad fatal. For tales razones, la segunda instancia ha debido, al conceptuar procedente la excepción de caducidad contra el deudor hipotecario y los terceros poseedores, declararla con lugar en el caso de autos."

La Corte Suprema declarò que no tenía jurisdicciòn, y se abstuvo de decidir. (Véase "Concepto jurídico de la ampliaciòn y de la aclaratoria") Y no se interpuso oportunamente recurso de casaciòn, por haber terminado el asunto con el pleno reconocimiento de la ejecutada, en su propio nonbre y en el de sus menores hijos --con autorización judicial para ésto último-- de la perfecta validez de la hipoteca, que fue extinguida con el pago del crédito y de sus intereses.

Pero aun antes de terminar ese proceso se cometió todavía otra flagrante injusticia: al contestar de fondo la demanda de nulidad, convinimos en el hecho de que parte del dinero con que se compró el inmueble pudiera haber sido de los menores; pero sostuvimos que tal hecho no podía tener otra consecuencia que constituir a la persona que dispuso de dinero ajeno en favor propio, en deudora de tal suma. Mas con respecto a terceros, estando el documento público de adquisiciòn del inmueble muy claro y terminante sobre "la exclusiva propiedad" de la compradora, nada valía su confesión, y procedía la excepción, que opusimos, de falta de cualidad de los actores, por no ser partes en la adquisición del inmueble ni en el contrato de prés-

tamo hipotecario. Y el juez de primera instancia, con un expresivo sentido de parcialidad, se basó en que habíamos admitido el hecho generador de la acción, para declarar *nula totalmente* la hipoteca, cuando sòlo había sido demandada *la nulidad parcial*, por los derechos que pretendían los menores: tal sentencia fue anulada en las dos instancias superiores, ante las cuales denunciamos los vicios de *contradicçión y ultrapetita* del fallo, y habiendo encontrado las Cortes el flagrante vicio de contradicción, juzgaron innecesario estudiar el de ultrapetita, y repusieron la causa al estado de dictar nueva sentencia, que no llegò a pronunciarse, porque, como queda dicho, la ejecutada reconoció la íntegra validez de la hipoteca y pagó totalmente el crédito garantido.

No queremos cerrar esta parte de nuestras anotaciones, sin hacer constar aquí nuestra sincera gratitud para nuestros distinguidos colegas señores doctores Celestino Farrera, Atilano Carnevali y José Giménez Anzola, quienes con noble compañerismo nos prestaron sus luces en este litigio, en el cual tarde, pero seguramente, triunfò la Justicia. Y no podemos resistir al deseo de insertar a continuación las valiosas opiniones de los dos primeros.

El Dr. Carnevali, al darnos su opiniòn sobre la excepción de caducidad, lo hizo en los siguientes términos:

"He leído cuidadosamente el texto de dicha consulta, como también el de la excepción opuesta, y creo, en principio, que la razòn jurídica está francamente de su parte. Ante todo, no habiéndose contradicho la excepciòn en el término legal, debe sostenerse la confesiòn ficta, aplicándose por analogía las disposiciones sobre litis-contestación. Sobre este particular encuentro una atinada cita en Sanojo, a la pag, 250 de su "Exposición del

Código de Procedimiento Civil": "La contestación de la excepciòn se dará en el mismo acto o en la audiencia siguiente, a la hora que el Juez designe, a elecciòn del demandado. Puede suceder que el actor no comparezca a contestarla en la audiencia siguiente, o bien que falte el reo o que ambos dejen de comparecer. La Ley no prevee estos casos, porque pueden resolverse por lo establecido para la litis-contestación....En el primero de estos casos parece lo natural que se dé por no contestada la excepciòn y que se tenga por confeso al actor, y con la obligación de probar lo contrario de los hechos en que se funda la excepción, declarándose ésta con lugar si no se da tal prueba".

"En general, puede afirmarse que casi todos los lapsos de procedimiento son de caducidad. "Caducidad significa pérdida del derecho de realizar o cumplir un acto legal, por haber transcurrido el tiempo útil dentro del cual podía efectuarse.." (Mattirolo, vol. 2º pag, 173, nota 1). "No debemos confundir con la prescripción los simples *lapsos prefijos*: la prescripciòn extingue una obligaciòn, el lapso prefijo es acordado por la ley para el cumplimiento de un acto determinado, acto que no puede verificarse sino en el término fijado. Los lapsos de este género son numerosos en el procedimiento: apenas citaremos los establecidos para el ejercicio de recursos, apelaciones, OPOSICIONES, casaciòn" (Pianol, vol. II, pag. 22, edición de 1917). "Laurent admite el principio de que los términos establecidos por la ley en materia de procedimiento, no son de prescripción, porque no implican, como ésta, la existencia de una obligaciòn o de un derecho real, que se extinguen por el no uso durante un lapso de tiempo, sino que se refieren a medios legales que deben aprovecharse o utilizarse dentro de un término fatal, fijado en la misma ley: admítese como fun-

damento jurídico de la prescripción la necesidad de poner un término a las acciones para *seguridad y tranquilidad sociales*, mientras que los términos de caducidad se han establecido para hacer expedito el procedimiento" (Cita de C. Stea, de la monografía "Teoria dei Termini nell Diritto Processuale Civile", pag. 25, nota 2). "El término tiene carácter perentorio --dice el autor Stea, a la pag. 109 de la precitada monografía-- cuando ha sido establecido por el legislador con explícita sanción de caducidad para el caso de inobservancia. El carácter perentorio incluye el de improrrogabilidad en las condiciones de tiempo para el ejercicio de determinada actividad jurídica". "La inobservancia de las leyes de procedimiento puede acarrear caducidad, y entendemos por ello la pérdida de un derecho a consecuencia de no haberlo ejercido en el término legal o de no haber cumplido con las formalidades necesarias a su conservación" (Garsonnet et Cesar Bru, vol. 2° pag. 114.)

"Las citas anteriores recogidas al azar y sin otro propòsito que el de documentar la materia, ya bastante ilustrada por Ud., confirman las ideas anteriormente expuestas y sugieren una decidida convicciòn acerca del yerro cometido en Primera Instancia. El término de cinco años establecido por la ley sustantiva para el ejercicio de las acciones de nulidad, es de prescripción, no de caducidad; el lapso para oponerse a la ejecuciòn hipotecaria, en cambio, es de caducidad, no sujeto a interrupciones ni suspensiones. La brevedad del término está justificada por principios a la vez económicos y jurídicos, y acaso más señaladamente por los primeros, referidos a la buena organizaciòn del crédito territorial. El deudor o el tercero poseedor a quienes se notifica de una ejecución conforme a la ley, están obligados a deducir sus derechos por vía de oposición al procedimiento, y ello

dentro del lapso útil y fatal que la propia ley les señala. La estabilidad, rapidez y regularidad del procedimiento no pueden estar sujetos a la actividad o a la negligencia de quienes puedan considerarse perjudicados por la ejecución. Vencido el lapso de ocho días, más la distancia, si hubiere lugar a ella, *no serán oídos* ni el deudor ni el tercero poseedor, reza categòricamente el artículo 535 del Còdigo de Procedimiento Civil, y el texto legal no deja margen a dudas ni distingos: *ubi verbis nulla ambiguitas nom admititur voluntatis questio*. Quien deja trascurrir el lapso de oposición sin formularla debidamente, en síntesis, procede como el litigante que no apela del fallo adverso o que se abstiene de anunciar recurso de casación".

El Dr. Farrera, estudiando el fondo de la demanda de nulidad, se expresó así:

"Aun dando por cierto y demostrado que la señora X, administradora de los bienes y del dinero de sus hijos, hubiese distraído fondos pertenecientes a éstos para la adquisiciòn de la casa hipotecada por ella, en su propio y exclusivo nombre y como dueña única del inmueble, como en el respectivo documento de adquisición aparece ésta hecha por y para la señora X solamente, sin que para nada se nombren allí los hijos de esta señora, aquella distracción de fondos, nada significa para los efectos de la hipoteca en cuestión, *en nada puede ella afectar el crédito hipotecario* de Z, que aceptò la garantía de tal casa en el concepto de que ella era exclusivamente de su deudora, como de manera fehaciente se lo acreditaba el respectivo documento de adquisiciòn.

"Al acreedor hipotecario, para la seguridad y firmeza de sus derechos, le bastaba la aludida constancia, no tenía por qué entrar en otras averiguaciones.

"La distracción de fondos de sus hijos, en su

solo personal provecho, por la señora X, habrá de someter a ésta a las correspondientes responsabilidades en las relaciones de derecho que como administradora tiene contraidas con sus hijos, pero esa distracciòn no puede perjudicar en nada los derechos ciertos y emanados de la ley que compenten a Z o a su actual causabiente.

"La comunidad de derechos que se pretende respecto de la casa en cuestiòn en favor de los hijos de la señora X, comunidad, que, caso de haberla en realidad, sería enteramente privada y de fuero interno y familiar, podrá tener efectos en las relaciones de la expresada señora y de sus hijos, y revestir alguna eficacia jurídica, siempre que la finca permaneciese en el patrimonio de dicha señora; pero para Z y su causahabiente, simples acreedores de la señora X, con un derecho real constituido en virtud de la hipoteca sobre la casa que por documento público aparece siendo de la exclusiva propiedad de la deudora, AQUELLOS SUPUESTOS, AQUELLOS IMAGINARIOS DERECHOS DE COMUNIDAD que se pretenden derivar de la comunidad del dinero con que se pagó el precio de la adquisiciòn, no tienen, ni pueden tener en absoluto el menor efecto.

"En conclusión, la acciòn de nulidad no puede jurídicamente prosperar".

II

En el otro caso en que debe decidirse la misma excepciòn de caducidad, es todavía más clara su procedencia, pues el deudor hipotecario que fue notificado de ejecuciòn no hizo oposiciòn alguna en el lapso de ocho días; pero poco después compareció demandando al acreedor hipotecario para que convenga en que ya le pagó, lo cual equivale, como en el otro caso, a una oposición disfrazada,

que trata de violar aquel principio fundamental de "que no es potestativo subvertir las reglas con que el legislador ha revestido la tramitaciòn de los juicios, pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público". Tal demanda, surgida talvez de la ilegal teoría de los sentenciadores en el otro juicio, sòlo ha tendido --y ha logrado su fin-- a retardar la inevitable ejecución de la garantía hipotecaria. Contra ella no opusimos directamente la excepciòn de caducidad, sinò más bien la del número 4º del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil: "prohibición de la ley de admitir la acción propuesta", porque el artículo 535 dice "no serán oidos", y, como dice el Dr. Reyes, para que prospere tal excepción "basta que del contexto de la disposiciòn aparezca la prohibición", sin que sea preciso que la ley diga, *no se da acción*, *no se debe admitir la demanda*, porque el derecho moderno ha abolido las fórmulas sacramentales; reservándonos para informes el alegato de la caducidad.

III

Contra esa manera de querer retardar las ejecuciones hipotecarias, nos expresamos así ante uno de nuestros tribunales:

"No es solamente una cuestión de interés privado la que os toca decidir en esta ocasiòn. De vuestra decisiòn pende la suerte del crédito territorial en este Estado: si declarais con lugar la excepciòn de caducidad, el régimen hipotecario continuará surtiendo todas las ventajas que el legislador ha querido asegurarle en beneficio de los prestamistas y de los prestatarios: que si recayera una decisiòn confirmatoria de la de primera instancia, entonces ya no ofrecería garantía sólida la hipoteca, volvería a regir el sistema de las ven-

tas con pacto de retracto, como única forma de préstamo a interés, con notable perjuicio para el movimiento de la riqueza; y el hermoso pensamiento de la legislaciòn hipotecaria que hoy favorece a la nación, quedaría anulado entre nosotros.

"Si el procedimiento de ejecución de hipoteca, continuase complicándose con juicios de oposición extemporáneos, disfrazados, y si tales demandas corren el curso de la que nos ocupa, entonces no tendrá ya el prestamista la seguridad de que su garantía hipotecaria será realizada en un breve lapso de tiempo, sino que por el contrario verá prolongarse la ejecuciòn hipotecaria por un tiempo indefinido; y ese temor lo alejará de esa clase de operaciones, convertidas así de seguras en peligrosas, para ir en busca de otras seguridades, frustrándose un régimen econòmico que asegura el bienestar y la prosperidad nacionales.

"La hipoteca entre nosotros --escribe el Dr. Reyes-- según el criterio de algunos, no había dado los frutos de una verdadera institución de crédito por las trabas e inconvenientes que se presentaban al acreedor hipotecario al hacer efectiva su acreencia. No era ni conveniente ni justo, que la persona que buenamente concedía en préstamo su dinero por plazo determinado, con la esperanza de obtener la ventaja de un interés, y la cual para su seguridad se hacía otorgar una garantía hipotecaria, al vencerse el plazo en que se hacía exigible la obligaciòn, no tenía otro recurso legal que el de iniciar un juicio con todas sus consecuencias. Si bien es verdad que los intereses del deudor deben ser amparados, no lo es menos que tal protecciòn debe hacerse sin menoscabo del derecho del acreedor: el que contrae una obligación por instrumento público y plazo fijo, está no sólo en el deber de cumplirla, sino también en conocimiento de que al constituirse en mora está

lesionando el interés de su contratante y no puede pretender que lo dejen libremente, sin molestarlo y sin molestarse a cumplir sus compromisos. Los negocios en general no son para fomentar pleitos; y si se piensa que la hipoteca constituida legalmente es uno de los títulos que ofrece más seguridad a su existencia jurídica, nada más natural que el legislador haya facilitado en lo posible su ejecución". Así comentò el Dr. Reyes la innovación del Código de 1916; pero al no darse al nuevo procedimiento su recta aplicaciòn, la mejora habrá sido letra muerta.

Valor legal del justificativo de testigos.

I

Uno de nuestros tribunales ha decidido que las declaraciones de testigos rendidas fuera de juicio, pero ante una autoridad judicial, tienen pleno valor en el debate judicial, aunque no sean ratificadas en él, porque la ratificaciòn es exigida solamente en los juicios interdictales.

Esa jurisprudencia es ilegal y encierra graves peligros. Es ilegal, porque una justificación de testigos, levantada a espaldas de la persona a quien ella va a perjudicar, sòlo tiene un valor provisional, "mientras no haya oposición", para usar las palabras mismas de la ley. Y encierra graves peligros, porque al perdurar tal jurisprudencia, la prueba de testigos quedaría desnaturalizada, bajo un régimen absurdo: las partes en un juicio no promoverían ya la prueba de testigos en la forma pautada por la ley, porque en esa forma el testigo debe comparecer a declarar en presencia de la contraparte, que tiene el derecho de repreguntarlo y contradecirlo; mientras que si la justificación de testigos, como lo ha decidido nuestro tribunal, tiene pleno valor en juicio, sin necesidad de que los declarantes deban ratificar en el término pro-

batorio, será mucho más cómodo y seguro para los litigantes hacer declarar sus testigos fuera del juicio, para producir después sus deposiciones en el término probatorio, y haciendo imposible la nueva citación de tales testigos para las repreguntas de la contraparte, quedará firme y decisiva su probanza: la justificaciòn de testigos sería *la reina de las pruebas.*

Pero esa jurisprudencia está destinada a una vida efímera. El artículo 798 del Código de Procedimiento Civil la condena: "Si se pidiere --dice-- que tales justificaciones o diligencias se declaren bastantes para asegurar la posesiòn o algún derecho, *mientras no haya oposición,* el Juez decretará lo que juzgue conforme a la ley, antes de entregarlas al postulante, o dentro del tercero día si esa peticiòn se hubiera hecho posteriormente a la primera diligencia; *quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros.*"

La ley es muy clara y precisa: la justificación de testigos tiene un valor provisorio. Al haber juicio contradictorio, todo lo hecho a espaldas de una de las partes, pierde su fisonomía jurídica, si no se ratifica en el debate: ningún autor de derecho podría sostener lo contrario. Y la ley es muy justa: ¿cómo va conceder ella pleno valor en juicio a lo que se haya tramado sin presencia del futuro perjudicado, dejando a éste expuesto a lo que hayan querido deponer en su contra testigos complacientes, amparados por un precepto legal que daría pleno valor a sus dichos, sin necesidad de que estuvieran "*a salvo los derechos de terceros*"?

Por otra parte, no es cierto que la necesidad de la ratificación en el juicio de las declaraciones de los testigos del justificativo, para que puedan ser apreciadas, sea una disposición especial del artículo 598 del Còdigo de Procedimiento Civil, aplicable solamente a los juicios interdictales: ya he-

mos visto que el artículo 798 consagra *una regla general.* Si el artículo 598 no exigiera la ratificación de los testigos en la articulaciòn, siempre sería necesaria tal ratificaciòn, *de acuerdo con el principio general,* para que su apreciaciòn fuera pertinente.

Precisamente, el artículo 598 contiene hoy esa disposiciòn, que en buen derecho es redundante, porque la Corte Federal y de Casaciòn había establecido como jurisprudencia un error análogo al que hoy combatimos a uno de nuestros tribunales: había establecido la Casación que en el juicio interdictal eran válidas las declaraciones de los testigos del justificativo, aunque no ratificaran en la articulación. ¿Qué sucedió entonces?: que amparados en esa jurisprudencia --como lo anota el Dr. Arminio Borjas-- los querellantes en un juicio interdictal se preparaban con un justificativo integrado por las declaraciones de numerosos testigos; y como no era posible repreguntarlos a todos, en el breve lapso de ocho días, sucedía que quedaban algunos firmes, por no repreguntados ni ratificados, y con esos elementos triunfaba el promovente del interdicto, con chocante injusticia y con violación expresa del artículo 774 del Còdigo de Procedimiento Civil de 1904, que era igual al 798 del actual, que dejamos copiado. Para poner fin a esa situaciòn extraordinaria, se introdujo en el artículo 598 esa disposición que ordena desechar en la sentencia las declaraciones que no sean ratificadas en la articulación.

Se ve, pues, que lejos de ser una excepción, como dijo nuestro tribunal, la regla del artículo 598, sobre ratificación, ella no es sino una confirmaciòn del principio general; confirmación que nunca hubiera aparecido en el Código, por innecesaria, si no hubiera sido por la peligrosa e ilegal jurisprudencia de Casaciòn, que hemos anotado.

II

Todavía hay tribunales que creen en la vigencia de esa jurisprudencia de nuestra Casaciòn. En este mismo año dictò una sentencia el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Lara, en un juicio interdictal, y en ella se asentaba que "si la parte agraviada no logra destruir ni desvirtuar aquellos fundamentos, (los del decreto interdictal), la prueba del actor queda firme", reproduciendo aquella doctrina establecida por nuestra Casaciòn en su sentencia de 22 de julio de 1905. (12). Contra tal aserto, còntribuimos a dictar en la Corte Suprema la siguiente decisiòn:

"Han sostenido el Juez de Primera Instancia y el abogado del querellante que el decreto restitutorio crea en favor del querellante una situaciòn de derecho que el querellado debe desvirtuar para triunfar en la litis interdictal.

"El decreto restitutorio no tiene otra virtualidad que aquella que emana de su fundamento, que es el justificativo. Si éste no queda ratificado, de nada vale el decreto restitutorio. El querellado puede triunfar en el juicio interdictal sin probar nada: basta para ello que los testigos del justificativo no hayan ratificado sus declaraciones, pues en tal caso cae por tierra la base del decreto, y el Juez no tendrá otro camino legal que revocarlo, al decidir la articulación.

"No es, pues, esencial para el triunfo del querellado que él destruya los fundamentos del decreto restitutorio con una prueba contraria y

---

[12] Esa sentencia aparece en el utilísimo Código de Procedimiento Civil Venezolano Concordado y Anotado con la Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación, por el Dr. A. Valdivieso Montaño. Precisamente la colocó el ilustrado jurisconsulto a continuación del artículo 598. Pero esa jurisprudencia perdió todo su valor ante la nueva disposición del artículo dicho. La reproducción de tal sentencia en tan autorizada obra, contribuye a que aun se la crea en vigencia, por jueces ignorantes.

eficaz: la simple falta de ratificación del justificativo, le da la victoria en el juicio interdictal.

"Así queda determinado, de acuerdo con la ley, el verdadero valor del decreto restitutorio en favor del querellante".

Era, pues, bajo el imperio de la jurisprudencia derogada que podía sostenerse que si el agraviado no destruía la prueba del actor, ésta quedaba firme: hoy no basta la negligencia del agraviado, sino que es preciso que el actor haga ratificar sus testigos, so pena de perder la acciòn.

III

El Dr. José Ramón Rangel, en su tesis de doctorado, publicada en junio de este año, y en el prólogo de ella, dice: (13) "La ley ordena que *las declaraciones de los testigos del justificativo no se tomen en cuenta en la sentencia si no son ratificadas en la articulación.* Tal disposiciòn legislativa es asaz extremada y dura: esa prueba ha sido evacuada ante un Juez que se presume honrado y con ciudadanos que también tienen a su favor esa presunción de honradez, y creemos que por esto merece alguna fe, y no el desprecio con que injustamente la fulmina el legislador. El juicio posesorio es un juicio de carácter especialísimo en que urge restablecer el orden de cosas que ha desequilibrado la perturbacòin o el despojo; en tal momento debe acatarse una prueba que tiene a su favor un fuerte indicio de certeza. No es verdad que la ley no debe darle fé a *una prueba evacuada a espaldas de la contraparte,* porque para aceptar lo contrario existen las razones anotadas: el carácter del juicio y la presunción de honradez tanto del juez como de los testigos".

[13] "La posesión. Sus teorías. Su concepto y sus acciones". Tesis de Doctorado.

En la vigorosa tesis del Dr. Rangel, que estudia con claridad la materia posesoria, esa opinión nos ha parecido muy extraña. El mismo, al anotar en la página 145 la necesidad legal de la ratificaciòn, habia escrito: "Es la aplicación del principio general sobre pruebas"; y había hecho esta cita del Dr. Pedro Miguel Reyes: "El legislador ha juzgado que una informaciòn evacuada a espaldas de una de las partes, debe ser discutida en el curso de la articulaciòn, para que adquiera fisonomía definitiva de verdadera prueba y sea eficaz al efecto de ilustrar el criterio del Juez sentenciador". Al escribir el pròlogo, cambió de opinión.

No compartimos esta nueva opinión del Dr. Rangel. La ratificaciòn de los testigos en la articulación es la aplicación del principio general sobre pruebas: es una garantía y una necesidad. La misma naturaleza de orden público que tienen los interdictos, exige que la verdad triunfe. Si volviéramos al antiguo sistema, creado por una jurisprudencia de Casaciòn, sufriría la sociedad fatales consecuencias: litigantes temerarios levantarían justificativos con testigos complacientes --que abundan en todas partes-- y esa verdad artificial triunfaría siempre, con perjuicio de los verdaderos poseedores, a quienes se cree favorecer con la reforma.

Esa urgencia de restablecer el orden de cosas que ha desequilibrado la perturbación o el despojo, se logra de modo completo con el valor provisional que la ley otorga al justificativo de testigos: en ese momento de la urgencia, se acata ampliamente el justificativo; y no es sino después de que termina la articulación que podrá perder su valor el fundamento del decreto, lo cual tampoco llegará a suceder, si, como prevee el Dr. Rangel, los testigos son hombres honrados, pues para éstos no existe sino una verdad, inmutable, que será la

misma en el justificativo y en la articulación. Si los testigos no son honrados, de nada vale la honradez del juez, pues éste se concreta, en la justificación, a poner constancia de lo que depusieron los testigos, sin que él pueda averiguar en la conciencia de los mismos si dicen verdad o mentira.

Además, la ratificaciòn de los testigos es favorable a todos los que litiguen con razón: al actor, porque si sus testigos han dicho la verdad, ésta quedará más luminosa aún con la ratificación; y al querellado, porque sòlo así puede ejercer él su invulnerable derecho de defensa, ya menoscabado suficientemente, por una necesidad de orden público, al darle crédito en su perjuicio a un justificativo levantado a espaldas suyas,

Sólo los que levantan un justificativo con testigos *ad hoc* pueden temer la ratificación; y precisamente, entonces será que surtirá todos sus beneficios la previsión de la ley.

Creemos, por tanto, que es inmejorable la disposición vigente, y que es más acertada la opinión del Dr. Rangel consignada en su tesis, que la estampada en el prólogo, posteriormente escrito.

¿Será ilícito pedir embargo preventivo?

En representación de un cliente nuestro, demandamos a X por pago de una letra de cambio aceptada, y en el mismo libelo solicitamos el embargo preventivo de bienes del deudor demandado: para la ejecuciòn del embargo, denunciamos ciertos bienes muebles del deudor, que estaban en poder de un tercero. Trasladado el Tribunal a la residencia de éste, se efectuò el embargo *de los objetos que él mismo indicó como de la propiedad del demandado*, aceptando además el cargo de depositario. En el momento de firmarse el acta, el tercero, nombrado depositario, como queda dicho, alegò que esos objetos eran de su propiedad, y a las veinticuatro horas fue suspendido el embargo por el mismo juez. Poco después, aquel tercero, a quien llamaremos Z, intentò demanda, por daños y perjuicios, contra nuestro mandante, fundándose en que éste había cometido un hecho ilícito al solicitar el embargo de bienes de su propiedad; hecho eminentemente falso, como resultaba de las mismas actas procesales acompañadas al libelo, pues lo que nosotros habíamos pedido y *lo que el*

juez acordó, fue el embargo de bienes del demandado X. Nosotros contestamos esa demanda en los siguientes términos:

"Se han alegado los artículos 1.217, 1218 y 1219 del Còdigo Civil como bases juridicas de la demanda. Se imputa a nuestro representado *un hecho ilícito* cometido por su representante, del cual sería él responsable según el articulo 1219 del Còdigo Civil. Pero hay dos clases de hechos ilícitos: unos que se atribuyen a la culpa del autor (delito civil clásico) y otros que se derivan de la negligencia o imprudencia (cuais-delito civil). ¿El hecho ilícito cuya responsabilidad se demanda, fue resultante de la culpa del autor o de su negligencia o imprudencia? Parece que aquí comenzò el desconcierto del autor del libelo, porque las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Si hubo culpa, el hecho cae bajo la sanción legal del artículo 1.219 del Còdigo Civil; y si hubo negligencio o imprudencia, es aplicable el artículo 1218 *ejusdem* Aunque para los efectos de la indemnización, carezca de importancia práctica esa distinción, no sucede lo mismo cuando se trata de alegarlos en juicio, porque entonces es preciso indicar con claridad cuál es el fundamento de la acción. Al comenzar el análisis del libelo, tropezamos, pues, con ese primer desconcierto del actor, que no supo él mismo calificar el hecho ilícito que alega, por una razòn muy sencílla: porque el hecho no existe sinó en la imaginación del actor.

Todos los autores de derecho, analizando el hecho ilícito generador de obligaciones, requieren en él tres condiciones esenciales: el hecho debe ser ilícito, es decir, ejecutado sin derecho; debe ser imputable al autor, y debe causar daño. Vamos a analizar el HECHO DE PEDIR EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES DEL DEMANDADO, a la luz de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia.

Ante todo, ¿podrá ser ILICITO pedir el embargo de bienes del deudor, en juicio mercantil? En primer término, la Constitución Nacional garantiza a todos los venezolanos la libertad de petición; en segundo lugar, el Código de Procedimiento Civil, artículo 368, establece "que en cualquier estado y grado de la causa, siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos una presunciòn grave del derecho que se reclame, podrá cualquiera de las partes pedir y el juez acordar....3º. "El embargo de bienes muebles", la cual es una regla general de procedimiento; y por último, el artículo 1.108 del Código de Comercio faculta al juez para "acordar el embargo provisional de bienes muebles", naturalmente que a peticiòn de parte, pero sin que se requiera el medio de prueba que se necesita en materia civil. Nosotros ejercimos, pues, un derecho de nuestro representado al pedir embargo de bienes de su deudor X, y esa petición no puede ser nunca un hecho ilícito, porque está garantizado por las disposiciones legales citadas. "En primer lugar, dice Ricci, a la pag. 133 del tomo XIII de su obra "Derecho Civil", el hecho debe ser ilícito, porque si es lícito, es absurdo que la ley lo castigue". "Todos están de acuerdo, afirma Giorgi --pag. 255 del tomo V de su obra "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno"-- en que *neminèn laedit, qui utiter jure suo*", es decir, en idioma legal, "que no causa ningún daño quien hace uso de su derecho", entendiendo aquí por daño, no el *daño material* sino *el daño jurídico*. "El hecho ilícito ejecutado sin derecho es el que puede dar fundamento a la acciòn de daños y perjuicios", dice una sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Aragua, de junio de 1909. Y nuestra Corte Federal y de Casaciòn, en un juicio análogo a éste, decidió, en

sentencia de 22 de julio de 1921 que "*el embargo acordado conforme a la ley, en un juicio mercantil que versa sobre el cobro de una acreencia de plazo vencido, LEJOS DE SER UN HECHO ILICITO, es el ejercicio de un derecho*". Carece, pues, la petición de embargo del carácter de hecho *ilícito*, y ello bastaría para dejar sin fundamento jurídico la demanda.

Sin embargo, para dejar esclarecidos todos los puntos, continuamos. El hecho ilícito debe ser imputable al autor. Suponiendo que el embargo verificado fuera un hecho ilícito, tal hecho no podría imputarse a nuestro representado, en cuyo nombre solicitamos el embargo. En efecto, la petición de embargo y el embargo mismo son dos cosas muy distintas: del hecho de pedir no puede derivarse ningún daño; el daño podría derivarse del hecho mismo del embargo. Ahora bien, el embargo fue hecho por el juez, no por nuestro mandante ni por su apoderado, y por tanto el hecho sólo sería imputable a su autor, es decir, al juez. Las partes pueden pedir todo, y al haecrlo ejercen un derecho constitucional, el derecho de peticiòn: corresponde al juez limitar las peticiones de las partes, aplicando el texto legal. El artículo 1.108 del Código de Comercio nos daba el derecho de pedir el embargo. El hecho material del embargo efectuado en el establecimiento de Z no es imputable a nuestro mandante, *ni directa ni indirectamente*, porque él no tiene la culpa, en el supuesto de que fuese cierto que el juez embargó bienes de Z, de que el juez haya cometido una falta, haciendo una cosa que nadie le había pedido; pero resulta, por otra parte, que de una ilegalidad de un juez no se deriva una acción por daños y perjuicios, sino el remedio legal de la apelación: Z usò de su derecho de pedir la revocatoria del embargo, y éste fue revocado. "Para

que pueda hablarse de daño --dice Giorgi-- es preciso que entre el hecho ilícito y el daño exista el nexo lògico de causa a efecto". De modo que aun en el supuesto negado de que hubiese cometido el apoderado de nuestro mandante un hecho ilícito, pidiendo el embargo de bienes de su deudor, le faltaría a ese hecho un requisito esencial para dar origen a la acciòn intentada: el nexo lógico de causa a efecto. Porque, lo repetimos, no es de haberse pedido el embargo que puede derivarse el daño, sino de *haberlo efectuado*, y quien lo practicò fue el juez. El hecho que se indica como generador de la acciòn no es, pues, imputable a nuestro mandante, y falta por tanto el segundo requisito de que hablan todos los autores.

Pero hay todavía más: el principal *culpable* del embargo es el mismo Z, y como es de principio que nadie puede invocar su propia culpa o negligencia, queda también por tal respecto desvanecida la acciòn. En efecto, Z incurriò en grave negligencia al dejarse embargar bienes que, según manifestò después de embargados, no eran de X, manifestaciòn contradictoria que ya hemos observado antes --se recordará que el mismo Z indicó al juez, según consta del acta de embargo, los bienes que eran de X-- porque si desde el comienzo del acto él hubiese manifestado al juez que allí no había bienes de X, aquel hubiera vuelto a su despacho, sin ir más adelante. Al indicar talvez de buena fé, la existencia de bienes de X, al no oponerse al embargo y al manifestar una conformidad tácita aceptando el depòsito sin vacilación, Z hizo desde entonces imposible toda futura acción fundada en un hecho del cual es solidariamente responsable. "Es regla, --dice Giorgi-- que las culpas de una parte eluden las de la otra, o por lo menos se compensan con ellas..La compensaciòn de las culpas fue reconocida sin oposi-

ción por la jurisprudencia moderna, siempre que la ofensa hubiese sido acompañada o seguida en sus consecuencias dañosas *por la negligencia o por el hecho del ofendido*". Pero en el caso que se estudia no sólo hubo falta sino también culpa de parte de Z, porque éste violó el artículo 22 del Código de Comercio, si es que ciertamente, como pretende, compró el establecimiento mercantil de X; porque tal artículo ordena que la compra de las existencias de un negocio mercantil debe inscribirse en el Registro de Comercio. Consta de los documentos que presentamos, que X tenía un establecimiento mercantil establecido en esta ciudad, y según afirma el mismo Z, él compró ese establecimiento: ahora bien, por más investigaciones que se han hecho, no aparece en el Registro de Comercio tal venta, y por tanto, como lo dispone el artículo 28 del citado Código, aquel establecimiento continúa siendo para los terceros, como lo es nuestro mandante, de la propiedad de X. El embargo efectuado por el juez queda, por tanto, justificado con esa grave falta al cumplimiento de la ley comercial, no pudiendo alegar Z sus propias faltas como base de una demanda.

Por último, el embargo no ha causado daño, y falta por ello al imaginario hecho ilícito, el tercer elemento anotado. El demandante especifica como daños y perjuicios causados, los siguientes: gastos judiciales, o sea honorarios de abogado y papel sellado, cierre del establecimiento y daño moral.

Desde luego, los daños y perjuicios no pueden consistir nunca en gastos procesales, pues éstos no pueden reclamarse en juicio separado, sino en el mismo juicio en que han sido causados: Z hubiera podido pedir, al solicitar la revocatoria del embargo, que se le impusiesen a nuestro representado las costas, y en el caso de que el juez

le hubiera negado tal pedimento, podía haber apelado. Al no obrar así, perdió el derecho de cobrar las costas, porque lo renunciò tácitamente. El castigo de un procedimiento temerario es la imposición de las costas procesales, no la acción de daños y perjuicios, y no es facultativo para las partes invertir el orden público procesal. Podemos citar una abundante jurisprudencia en pro de esta tesis, pero nos basta un caso: ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia se intentó en 1911 una demanda por daños y perjuicios, provenientes, según se alegaba, de un embargo, y se incluía en la especificaciòu de tales daños los honorarios de abogado y gastos del juicio, y el Tribunal decidió así: "Mas, como es motivo del reclamo, el pago de honorarios que se afirma se hizo al doctor Olinto Bohórquez, este Tribunal es de sentir que habiéndose devengado en las diligencias relativas a la oposiciòn que se formalizò con motivo del embargo decretado, en la decisión en que se revocó el decreto de embargo ha debido recaer el pronunciamiento sobre costas, y si en dicha decisiòn no se hizo, el opositor debía haber interpuesto el recurso de alzada del punto relativo a costas, y como dicho recurso no se intentò, se dejò perecer el derecho que hoy se invoca". No consta, por lo demás, la intervención de ningún abogado empleado por la parte actora.

El cierre del establecimiento no es consecuencia forzosa del embargo, porque nadie ha obligado a Z a hacer tal clausura, sino que por el contrario quedó en posesiòn de las cosas embargadas --unas mesas, una vidriera, una nevera y unas latas de caramelos, teniendo de estas últimas el señor Z una grande existencia-- por lo cual, por la naturaleza misma de las cosas embargadas, no podía resultar ningún daño.

Y en cuanto al falso daño moral, negamos su existencia, formalmente. ¿Qué daño moral podría causar a Z el hecho de que se embargaran bienes que se reputaban de X?

Faltan, pues, al supuesto hecho cuya responsabilidad se demanda a nuestro representado, las condiciones esenciales para originar una obligación de pagar daños y perjuicios, y bastaría la ausencia de una de ellas para que la acción fracasara, por lo cual dejamos contradicha la demanda intentada."

Dos días después de contestada la demanda, la parte actora desistiò de su acciòn, consintiendo nosotros en librarla de las costas, *por generosidad*, como se hizo constar en el acta de desistimiento.

Nulidad de un remate.

En un juicio de vía ejecutiva, se anunciò el remate de un inmueble, que tenía dos gravámenes hipotecarios. Había demandado el primer acreedor hipotecario el pago de su crédito, y para satisfacerlo se decretó el remate del inmueble gravado; pero antes de dicho acto no se notificó al segundo acreedor hipotecario, por lo cual el remate no podía purgar el inmueble del segundo gravamen, al tenor de los artículos 1.971 y 1.983 del Còdigo Civil.

Llegada la fecha del remate, se procediò al acto y compareció un postor a ofrecer determinada cantidad por el inmueble, "*libre de todo gravamen*". El Tribunal aceptó la oferta y le dió la buena pro; siendo de advertir que como el juez que efectuò el remate había tomado posesión del cargo después de tramitada la ejecuciòn y sólo vino a intervenir en el proceso en el momento del remate, ignoraba con razón la falta de la notificación al segundo acreedor hipotecario, por lo cual incurriò en un justificado error al adjudicar el inmueble "*libre de todo gravamen*", cuando en realidad subsistía en todo su vigor la segunda hipoteca, apesar de que el juez la mandò a cancelar, lo mísmo que la primera.

Al ser reclamado al rematante el pago de la segunda hipoteca, opinamos que él no estaba obligado a ello, porque aquel remate no tenía ningún valor. Argumentamos en los términos que siguen.

"Habiendo quedado el inmueble rematado con el gravamen de la segunda hipoteca, por no haberse llenado las formalidades indicadas por los artículos 1.971 y 1.983 con respecto al segundo acreedor hipotecario, esa circunstancia impidiò que en derecho se perfeccionara la venta judicial que se proyectó en el acto del remate. En efecto, como consta del acta respectiva, nuestro cliente ofreció cierto precio por la casa "*libre de todo gravamen*", y ella le fue adjudicada por el Tribunal, que actuaba como vendedor, con *un gravamen hipotecario*, que modifica sustancialmente la naturaleza misma de la cosa. Por tanto, aquella venta judicinl es *inexistente*, y corresponde al Tribunal *hacer constar* esa inexistencia, y ordenar que se verifique de nuevo el remate, previa la notificaciòn requerida.

"Una convenciòn, dice Dominici, se forma necesariamente de dos actos elementales: *la propuesta y la aceptación*...La propuesta y la aceptación deben ser *concordantes*...Si una de ellas falta, no habría contrato...*por inexistencia*". En el caso en estudio, la propuesta y la aceptación no fueron *concordantes:* nuestro cliente propuso la compra de una casa libre de todo gravamen y el Tribunal le aceptò la oferta, pero sobre una casa gravada, y por ello no hubo contrato, no hubo el acuerdo de dos voluntades sobre el objeto del contrato, el *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, y procede por tanto hacer constar la inexistencia. A tal respecto, es clara la opiniòn de todos los autores de derecho. Colin y Capitant, a las pags. 75 y 81 del tomo I de su obra "Derecho Civil Francés", dicen: "Un elemento esencial falta a la formación de un acto jurídico. Por ejemplo, no hay consentimiento de una

de las partes en el contrato.... Después de *un pròyecto de venta*, las partes no se han puesto de acuerdo sobre *la cosa* y el precio. En semejante caso, es evidente que el acto no tiene ningún valor, no puede producir ningún efecto jurídico. Para caracterizar esa situaciòn, la doctrina emplea un término muy enérgico: ella dice que el acto es *inexistente*.... La decisión que recaiga en caso de inexistencia de un acto jurídico, *no hará sino constatar esa nulidad*".

"Pero en el supuesto de que no fuera aplicable al caso de autos el concepto de *inexistencia*, tendríamos que la venta judicial verificada, sería *nula por error de consentimiento* en el comprador, y el Tribunal, en el caso de desechar el concepto de inexistencia, debe declarar tal *nulidad*, que alegamos de modo subsidiario.

"El artículo 1.185 del Còdigo Civil establece que el error de hecho produce la nulidad del contrato cuando recae sobre la sustancia de la cosa que forma el objeto del contrato. Así, en el caso de autos, el error de nuestro cliente consistiría en haber creido "*libre de todo gravamen*" la casa que proyectó comprar, pues en ese concepto la propuso y le fue adjudicada, por lo cual con razón incurriò en el error de creerla libre. El gravamen que la afecta la modifica *sustancialmente*, pues claramente está expresada su voluntad de comprar una casa libre. Por tanto, procede la declaratoria de *nulidad*, en el caso de que se juzgue existente el contrato.

"También en esa cuestión es clara la ley y son claros los comentadores. Dominici dice: "Las partes pueden estar de acuerdo en cuanto a la cosa, y haber error respecto a las condiciones de la cosa. Si esas condiciones se refieren a *la sustancia de ella*, el contrato puede ser anulado.... Toca a los jueces apreciar conforme a las circunstancias si

las condiciones dichas son o no sustanciales, teniéndose en cuenta *cuál fue la mira* de las partes al celebrar el contrato". (La mira de nuestro cliente fue adquirir una casa libre de todo gravamen, según las palabras mismas de su oferta).

"Colin y Capitant, obra citada, pag. 63 del tomo I, dicen: "El error consiste en creer en la existencia de una calidad (en el caso de autos la *calidad de libre)*, de un hecho, de un acontecimiento, que no existen... El error destruye muchas veces la manifestaciòn misma de la voluntad, impidiendo que el acto jurídico se forme... Ejemplo: las partes hacen un contrato de venta, pero *hay error sobre la cosa vendida*... Sin destruir la voluntad, el error puede alterarla gravemente, cuando él fue el que determinó al autor a obrar. *Si éste hubiese conocido la verdad, no habría pasado el acto en cuestión.* (Si nuestro cliente hubiera sabido que la casa estaba gravada, no la habría comprado). Es justo que la ley venga entonces en su ayuda y le permita hacer anular un acto que sin el error él no habría realizado. Sucede así en dos casos: a) El error se refiere a *una cualidad sustancial* de la cosa que es objeto del acto jurídico, es decir, sobre una cualidad *que las partes han tomado en cuenta principalmente para obrar, de tal suerte que ellas no habrían obrado si hubiesen sabido que esa cualidad no existía*". Si nuestro cliente hubiese sabido que la casa rematada *no tenía la calidad de libre*, se habría abstenido de obrar. Por lo demás, todos los autores están de acuerdo en que basta que haya error en una de las partes, por lo cual, aun suponiendo que el Tribunal no pudiera ignorar lo que vendía, bastaba que nuestro cliente lo ignorara para que el contrato estuviera viciado de nulidad."

Por tales razones, solicitamos que se hiciera constatar *la inexistencia* del remate, y que subsi-

diariamente, en el caso de que se juzgara improcedente tal concepto, se declarara *nula* la venta judicial, por error sustancial que vició el consentimiento.

No llegó a recaer decisiòn judicial, por haberse arreglado la cuestiòn entre las partes interesadas, pero no es dudosa la solución que habría tenido tal caso.

Acción reivindicatoria. (14)

I

Es de derecho elemental que el que reivindica debe probar que es propietario; el demandado no tiene nada que probar. Sin embargo, el Juez de Primera Instancia *ad hoc*, con un criterio ilegal y antijurídico que echa por tierra toda la legislaciòn vigente, establece en sus considerandos que el demandado y el citado de saneamiento *no probaron su derecho de propiedad sobre el rectángulo discutido.* Suponiendo que efectivamente ellos no hubiesen probado nada, eso no mejoraba la condiciòn de la actora, quien sí estaba obligada a probar su propiedad pretendida, y como no lo hizo, tenía que ser declarada sin lugar la demanda, de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Declarar con lugar una demanda porque en el concepto del juzgador nada haya probado el demandado, es trastornar radicalmente las bases esenciales de todo juicio, que imponen al actor la carga de la prueba.

---

[14] Parte doctrinaria de unos informes preparados en colaboración con el Dr. Ramón Carmona.

Es tan oportuna la cita de Laurent que se hizo en los informes de Primera Instancia, que vamos a reproducirla aquí: "El demandante que reivindica la propiedad, debe probar que es propietario....¿Bastaría que el demandante probase que el poseedor posee sin derecho? Nó; porque suponiendo que el poseedor no sea propietario, eso no prueba que el demandante lo sea. Es su derecho de propiedad lo que el demandante debe probar. Mientras él no produzca esa prueba, *el demandado no tiene nada que probar*, él puede guardar silencio y obtendrá el triunfo por el solo hecho de que el reivindicante no haya probado que es propietario. Eso es universalmente admitido por la doctrina y por la jurisprudencia". (LAURENT, "Derecho Civil Francés", pags. 216 y 217. números 159 y 160). Además, para los casos, como el de autos, en que se trata de reivindicar una porciòn de terreno que se dice tomada por un inmueble vecino, se requiere también otra prueba, como dice Laurent, a la pag. 229 del tomo citado: "El demandante debe probar además que el déficit de continencia es el resultado de una usurpaciòn del demandado".

Esta doctrina es universalmente aceptada. Citaremos en su apoyo a Butera, quien dice en su notable obra "La reivindicación en derecho civil, comercial y procesal", lo siguiente: "La parte que no prueba, sucumbe, aun en el caso de que el derecho le pertenezca y no tenga razòn su adversario para desconocerle tal derecho. En ese caso, *jus non deficit, sed probatio*. El demandado, en virtud de la ventajosa posiciòn que le otorga su condiciòn de poseedor, *no está obligado a suministrar prueba alguna*; no puede ser constreñido a decir por donde le viene su derecho de propiedad, ni a enunciar la causa y el título de su posesión. El demandado reposa tranquilo, en una silenciosa

seguridad, y sólo está obligado a doblar la frente delante de la demostraciòn plena del derecho de propiedad que haga el reivindicante".

Apliquemos a este juicio tan autorizada doctrina, y veremos cuán absurda ha resultado, ante el fracaso probatorio de la actora, la demanda intentada y más aun la sentencia que la ha declarado con lugar. Analicemos las pruebas de la actora, para demostrar que de ningún modo probaron el derecho de propiedad pretendido.

II

El documento de venta otorgado a nuestro mandante no tiene ningún valor probatorio en pro ni en contra de la actora, porque ésta no fue parte en él, ni ha demostrado que sea hederedera o causahabiente de alguna de las partes; por lo cual, aun suponiendo que en la venta de la casa no hubiese quedado comprendido el rectángulo que se pretende reivindicar, tal omisión nada significa para la acción deducida.

El documento B., presentado como fundamento de la acción, ningún valor probatorio puede tener en contra de nuestro mandante, porque él no fue parte en su otorgamiento, ni ocupa el lugar de ninguna de las partes. Tal documento, *emanado del cónyuge de la actora*, es como si emanara de ella misma, y mal puede alegar en pro de sus intereses un documento que para la ley es como si ella misma lo hubiese redactado: sería consagrar el principio deque cada cual puede crearse una prueba por sí mismo. Sobre este punto dice Ricci, a las páginas 91 y 92 del "Tratado de las Pruebas", lo siguiente: "Es un principio de razón natural *que nadie puede crearse en su propio favor una prueba*, toda vez que teniendo la prueba, en el orden práctico de las cosas, el mismo valor del derecho,

en cuanto que lo que resulta probado se considera existente aunque no exista, a todos les sería dable el crearse, según su buen querer, derechos y consiguientes obligaciones a cargo de otros, sin que ni unos ni otros hubieran existido jamás. De ese principio se infiere que la declaración debe provenir de la parte obligada, para que tal declaraciòn tenga valor".

Y sobre la extensiòn del valor probatorio de los documentos públicos, es pertinente la siguiente cita de Mattirolo: "El efecto del acto público es distinto según que se trate de las partes contratantes y de sus causahabientes *o de los terceros.* Para los primeros el acto público despliega su fuerza de prueba legal... Para los terceros, el *acto probat solum rem ipsam,* este es, constata que el contrato se ha celebrado realmente. Sin embargo, los pactos estipulados entre las partes y consignados en el acto público, *no se pueden invocar por terceros ni contra terceros,* al efecto de extender a ellos o contra ellos sus ventajas o perjuicios". (Páginas 30 y 31 del volumen III de su tratado de derecho procesal, 5ª ed. italiana). La Corte de Casación de Nápoles en su sentencia de 20 de febrero de 1875 acojiò esa doctrina, que es sostenida por todos los autores: véanse Ricci, Colin y Capitant, Baudry-Lacantinerie.

Pero hay todavía más: la actora no ha demostrado que sea propietaria siquiera de la casa de la cual se pretende que es parte el rectángulo. El documento B contiene una constituciòn de hogar hecha por el cónyuge de la actora en favor de ésta, sobre una casa que se indica. Pero una constituciòn de hogar *es una simple limitación de la propiedad,* por lo cual el documento B no es traslativo ni siquiera declarativo de propiedad: precisamente el Código Civil trata "Del Hogar" en el título III del Libro II, que se ocupa "De las limi-

taciones de la propiedad", y mal podría probar la propiedad lo que sòlo constituye una limitaciòn de ella. En el Libro III del Código Civil, que es el que trata "De la manera de adquirir y trasmitir la propiedad y demás derechos," ninguna referencia se hace "Del Hogar".

Para adquirir la propiedad se requiere *un título traslativo*, a menos que se trate de la ocupación. "El que quiere demostrar su propiedad --dicen Colin y Capitant-- debe establecer el hecho del cual resulta su derecho. Ahora bien, fuera del caso de ocupación, hay dos hipòtesis que distinguir: o bien el propietario deriva su derecho de la ley, que lo hace resultar de la posesion prolongada; o bien su derecho proviene de un acto voluntario (venta, donación, permuta, &), *que le ha trasferido la propiedad*....En el caso en que el reivindincante exhiba un título, éste deberá ser de los que los romanos y nosotros después de ellos, llamamos un justo título, es decir, *un acto traslativo*".

No habiendo demostrado la actora con el documento B, de constituciòn de hogar, que es propietaria de la casa, muchos menos puede haber probado propiedad sobre imaginarias dependencias de ella.

III

Nos queda solamente por estudiar el documento traido a los autos por un auto para mejor proveer: dicho documento contiene una venta hecha al cònyuge de la actora, de la casa constituida en hogar. Ese instrumento, al cual tanta importancia ha dado el juzgador de primera instancia, en realidad carece de toda significación jurídica en este litigio: él fue indicado en el libelo como uno de los fundamentos de la acciòn, y como

tal, ya que no se produjo con el libelo, ha debido ser presentado en el lapso de pruebas, y aun concediendo lo más, en los últimos informes. No habiéndose presentado por la parte, el juez de la causa, al traerlo a los autos, extralimitó sus funciones, cometiò un abuso de autoridad, y toda autoridad usurpada carece de eficacia. La ley, al facultar a los jueces para dictar autos para mejor proveer, no ha querido facultarlos para suplir pruebas a las partes. Si, como hemos visto, los documentos producidos no probaban nada, el juez, al hacer venir a los autos el documento en cuestión, trató de suministrar a la parte actora una prueba que ella no había hecho y que él consideraba eficaz, saliéndose así de los límites de su oficio.

Si es cierto que la ley autoriza al juez para traer a los autos documentos cuya existencia aparezca de ellos, esa facultad tiene por limitación natural y necesaria la de los artículos 11, 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales él no puede obrar sino a instancia de parte y no debe suplir pruebas a ellas, sin incurrir en abuso de autoridad. De ello se deduce que el juez puede hacer venir a los autos documentos que juzgue necesarios para esclarecer la verdad, *siempre que no sean de aquellos en que se funde la acción,* para los cuales fija la ley oportunidad de presentación; si pudiese traer el juez el documento en que se funde la acciòn por un auto para mejor proveer, "*tal facultad*, como dice Feo, *facilitaría a los jueces poco escrupulosos el medio de hacerse auxiliares de una parte, y hasta agentes de la arbitrariedad*". Refiriéndose a este punto, dice el Dr. Arminio Borjas: "Si examinado el proceso para sentencia, hallare puntos oscuros o ambiguos, NO POR FALTA DE PRUEBAS, sino porque las promovidas aparezcan incompletas por deficiencia de

la sustanciación...o por cualquiera otra causa *que no constituya una omisión de pedimentos, de alegatos o de comprobación*, los jueces tendrán el deber de esclarecerlos....*con tal de que no suplan con ello atribuciones exclusivas de las partes ni invadan sus derechos.*"

Tales son los principios racionales y legales que limitan la facultad del juez; y de acuerdo con ellos, es inapreciable legalmente el documento traído a los autos y al cual nos referimos.

IV

Pero consideremos la mas lejana de las hipótesis, por ser la más absurda: que el documento B tuviera algún valor, y que el documento de venta al cònyuge de la actora figurase legalmente en este proceso. ¿Qué contienen esos documentos, cuál es su alcance prabatorio?

Ellos expresan únicamente *una enunciación de linderos*, destinada a determinar la casa a que se refieren: y de esa enunciaciòn, extraña al acto por lo demás, se pretende deducir que porque en ella se expresa que la casa constituida en hogar linda con la de nuestro mandante, ésta no debe tener solar, y el que tiene, debe ser de aquella. En la hipòtesis negada de que esa enunciación pudiera interpretarse en tal sentido, surge esta cuestión: ¿qué valor tiene una enunciaciòn hecha en un instrumento público con respecto a terceros, como lo es en el caso nuestro mandante? Mejor que nosotros responderá el maestro italiano.

MATTIROLO, a la página 35 del volumen III de su obra citada, dice: "Hagamos una última indagación *acerca del valor de las enunciaciones con relación a terceros*. Las enunciaciones, tengan o no relación directa con lo dispositivo, están escritas en el acto, forman parte de él, y por eso debe-

mos, al referirnos a las mismas, repetir cuanto decíamos de la fé debida al acto público. (Recuérdese la cita copiada más arriba).... *El valor probatorio de las enunciaciones estará limitado a las partes y a sus herederos y causahabientes.* Así, por ejemplo, si en el acto registrado (notarial) de venta de mi casa, yo declaro que ésta goza de la servidumbre de vista sobre el fundo contiguo, de la propiedad de un tercero, esa declaraciòn será atestiguada auténticamente *quoad omnes:* nadie podrá negar, salvo la querella de falsedad, que yo la haya hecho ante el notario. *Pero tal declaración me vinculará a mí, pero no al tercero propietario del fundo contiguo, extraño al acto de venta.* El tercero no podrá sufrir ningún daño, ningún perjuicio de esa declaración; para él la venta es *res inter alios acta;* él podrá reivindicar la libertad de su fundo contra cualquiera pretensiòn del comprador, salvo a éste el derecho de revolverse contra mí por la obligación de garantía." En igual sentido: Lessona, "Teoría General de las Pruebas", libro IV, pag. 6; Bonnier, "Tratado de las Pruebas en Derecho Civil y Penal", tomo II pag. 79; Dominici, "Comentarios al Còdigo Civil Venezolano", pag. 130 del tomo III.

Tal es, ciudadanos Jueces, la verdad jurídica; y no puede ser de otro modo, pues si se atribuyese algún valor en contra de terceros a las enunciaciones contenidas en los documentos públicos, se consagraría el absurdo de que cualquiera podría crear, vendiendo un inmueble y atribuyéndole linderos imaginarios, y haciendo repetir esta enunciaciòn en sucesivas enajenaciones dolosas, derechos sobre propiedades ajenas, y resultarían despojados los verdaderos propietarios. Y el mismo abogado contrario ha reconocido tal principio irrefutable, al contestar la contrademanda de una de las citadas de saneamiento, en cuya ocasión dijo:

"La enunciación contenida en este documento es una de tantas enunciaciones falsas que se ponen en las escrituras, y *cuyo valor lo circunscribe la ley a las partes solamente, sin consecuencias ni efectos para los terceros*".

V

Para concluir, supongamos que las pruebas de la actora hubiesen tenido éxito. ¿Triunfaría la acción reivindicatoria ante la prueba de la propiedad de la actora sobre la imaginaria dependencia? En manera alguna: porque no habría probado la propiedad de sus autores, prueba indispensable para triunfar en la acción. A este respecto dice Ricci: "Un simple título traslativo de dominio no es suficiente para reivindicar la cosa de manos de un tercero. Si yo, por ejemplo, reivindico de Ticio un predio que él posee, y presento un instrumento de que resulta que Cayo me ha vendido el predio controvertido, no basta esto para establecer que la propiedad del predio reclamado, me pertenece; es necesario demostrar que aquel de quien yo lo he adquirido era realmente propietario del inmueble, porque si Cayo no tenía la cosa en su dominio, no podía trasferirme a mí su propiedad. Si yo demuestro que Cayo adquiriera su predio de Sempronio, debo probar que este último era propietario de él, y así sucesivamente. Pero hasta donde se prolongará esta prueba? Se ofrece como apoyo la prescripciòn, por la cual después de trascurrido un lapso de tiempo determinado por la ley, en el cual uno *animo domini*, ha poseido la cosa, ya no es lícito suscitar dudas contra su dominio y discutir de donde proviene. *La mera inscripción en el registro no es prueba suficiente para demostrar la propiedad de un inmueble*" ("Derecho Civil Teòrico y Práctico", tomo V, pag. 179).

En igual sentido opinan todos los autores de Derecho Civil: véanse Baudry-Lacantinerie, tomo III, pag. 965, de su "Tratado de Derecho Civil"; Colin y Capitant, tomo I, página 1006, de su "Curso de Derecho Civil Francès". Dominici, a la pag. 394 del tomo IV de su obra citada, dice: "Para intentar la acciòn reivindicatoria, el propietario tendría que probar además del título con que poseía, el título con que poseyò su causante y el causante de éste, hasta llegar al primer adquirente. Bastaría que faltase una sola de esas pruebas, siquiera se refiriese a siglos anteriores, para que el propietario perdiese sus derechos....Tal es el fundamento de la prescripción".

La actora no ha probado que haya sido poseedora del rectángulo, y por el contrario, alega que lo posee nuestro mandante. Ella no ha alegado la prescripción, por lo cual tiene que resultar frustrada su acciòn reivindicatoria. (15)

---

(15) La Corte Superior anuló el fallo atacado en estos informes, por haber encontrado en él los vicios de contradicción denunciados en un punto previo de ellos; y habiendo quedado ejecutoriado este fallo, por falta de apelación, habrá de sentenciarse de nuevo en Primera Instancia, en virtud de la reposición decretada, con la cual quedó demostrada la ilegalidad de aquella injusta sentencia.

El Divorcio ante el Derecho Internacional Privado.

En el amplio campo teórico del Derecho Internacional Privado discuten los autores qué ley debe aplicarse al divorcio al presentarse un conflicto de leyes; y entre las diversas opiniones emitidas vacila la jurisprudencia.

Los puntos capitales en esta controversia son dos, a saber: si el divorcio es de orden público interno o de orden público internacional; y qué causales deben servir de fundamento a las sentencias de divorcio, en cuya soluciòn haya habido conflicto.

Sostienen unos autores que el divorcio se debe regir por la ley nacional del matrimonio, porque el estado de matrimonio o de celibato forma parte del estatuto personal (Weis, Despagnet, Fiore). Según ellos, por tanto, cuando la ley nacional de los casados no les permita el divorcio, ningún país deben permitir que ellos violen su ley personal admitiéndoles por medio de sus tribunales el divorcio que ellos intenten realizar. Baudry-Lacantinerie, que es partidario de este sistema, dice: "El Tribunal francés no podrá pronunciar el divorcio si no lo permite la ley nacional o si ésta sólo permite la separaciòn de cuerpos"; y cita en

favor de esta tesis una jurisprudencia abundante. Los partidarios de esta opiniòn dicen que la ley nacional que se debe tener en cuenta es la del matrimonio --es decir, la del marido-- en el momento en que se contrae el vínculo, y no la que tenga en el momento de intentarse la demanda; y que en el caso de que no sea cierta la nacionalidad de los cónyuges o de que tengan distintas nacionalidades en el momento del matrimonio (hijos de padres franceses nacidos en Venezuela, por ejemplo, que son al mismo tiempo nacionales de los dos países), se debe adoptar como ley personal del matrimonio la del domicilio conyugal. (Baudry-Lacantinerie, Derecho Civil).

Otro grupo respetable de autores sostiene, por el contrario, que el divorcio es de orden público interno, y que por consiguiente debe atenderse para su decisión a la ley del país en que esté domiciliado el matrimonio. "Bien sea el divorcio, como lo sostuvo el Tribunal Supremo de Massachussets, un castigo que con el permiso de la sociedad, el cònyuge inocente inflige al culpable (idea seguramente errónea), bien se considere la ley que permite o prohibe el divorcio como parte integrante del derecho público imperativo a que debe obedecer el Juez, él debe regirse siempre por la *lex fori*". (Asser y Rivier, Derecho Internacional Privado). Es jurídico sostener, dicen los mismos autores, que cuando el Estado ha considerado insostenible un vínculo matrimonial por ciertas causas y ha consagrado el divorcio, esta doctrina legal debe aplicarse indiferentemente a nacionales y extranjeros, puesto que el matrimonio es de orden público.

Algunos tratadistas, asimilando el matrimonio a los demás contratos, lo consideran como una convención civil ordinaria, y resuelven todas las cuestiones a él relativas --entre ellas el divorcio--

por los principios generales: la ley que rige el conjunto de las relaciones entre los cónyuges debería regir, igual y naturalmente, la disolución del matrimonio. "Esta doctrina tan sencilla, dicen Asser y Rivier, ha sido defendida entre otros por Rocco (citado por Fiore), para quien la ley aplicable es la del domicilio del marido; y por Pütter (citado por Bar), que considera aplicable la ley del lugar donde se celebrò el matrimonio".

Tres sistemas legales han predominado en los diversos países en materia de disolución del vínculo matrimonial: hay un grupo de legislaciones que dan el derecho de opciòn entre el divorcio y la separaciòn de cuerpos (Venezuela, Alemania, Bélgica, Francia, Inglaterra y algunos Estados de la Unión Americana), y en ellos puede por tanto el extranjero, a quien se lo permita su ley personal, optar entre uno u otra; otro grupo sólo sanciona el divorcio (Dinamarca, Rumania) o la separación de cuerpos (Austria para los católicos, Italia), y en éstos los extranjeros no pueden obtener el divorcio, aunque se los permita su legislación personal, porque se le considera contrario al orden público interno; y otro grupo acepta la separación, pero únicamente como una situación transitoria, que se hará definitiva con el divorcio o con la reconciliaciòn (Suecia, Noruega, Turquía).

En los países que no admiten el divorcio, éste no puede ser declarado en favor de extranjeros a quienes se los permita su ley personal; y sobre este punto no hay discusión. A los países que consagran el divorcio en sus códigos, se les presenta un problema importantísimo: ¿Deben permitir o negar el divorcio a los extranjeros a quienes no se los permita su ley personal?

Numerosos autores y gran parte de la jurisprudencia sostienen la negativa, fundándose en la razòn jurídica de que el divorcio afecta el estado

y capacidad de las personas y debe, por tanto, regirse por la ley personal de éstas: cuando dos italianos se casan en Italia, por ejemplo, lo hacen en el bien entendido de que su vínculo es indisoluble por el divorcio, y por tanto ningún otro país debe admitírselo. Además, en el caso de que éste fuese declarado en un país distinto, Venezuela por ejemplo, sucedería que los cònyuges quedarían en una situación indefinida, porque serían considerados como casados en unos lugares y divorciados en otros. En el caso de que los italianos --continuando con este ejemplo-- en vez de contraer el vínculo en su país lo hiciesen en Venezuela-- o en otro país que permita el divorcio-- la situación sería más favorable al divorcio, por entrar en juego la ley del lugar del contrato; pero aún en esa hipòtesis, creo yo, debe predominar la ley personal del matrimonio.

Otros, por el contrario, asientan que el divorcio es de orden público interno, y que debe quedar abierto a todo los residentes en el país que lo permita, aunque se los prohiba su ley personal. Esta tesis ha sido acogida por nuestra Casación en sentencia dictada en el recurso anunciado contra la sentencia de la Corte Suprema del Estado Bolívar en el divorcio D'Anello-Manrique.

En 1912 José D'Anello, súbdito italiano, demandò ante el Tribunal de 1ª Instancia de Ciudad Bolívar divorcio contra su cónyuge, la señora Francisca Tadea Manrique, venezolana, alegando la causal de adulterio. El Tribunal de Primera Instancia constituido con asociados, declaró sin lugar la demanda.

El Tribunal Superior con asociados revocò esta sentencia, fundado en que el divorcio es de orden público; y la Corte Suprema, también con asociados, confirmó esta última decisiòn. Anunciado recurso de casación, se denunciò la infracciòn

de los artículos 7° y 17 del Código Civil, y el 11 del Código de Procedimiento Civil, vigentes en esa época (los de 1904). La denuncia del artículo 7° fue declarada sin lugar por no tratarse de venezolanos; así como también la de los otros dos artículos, fundándose aquel Alto Tribunal en que había una anarquía jurídica sobre la ley aplicable al divorcio en caso de conflicto de leyes (ley nacional, ley del contrato, *lex fori);* en que la ley del divorcio era una ley penal, afirmaciòn que me parece incierta, y que fué muy criticada por Asser y Rivier en su tratado de Derecho Internacional Privado: *nulla penae sine lege*, dice el aforismo jurídico, y en ninguna parte dice el còdigo que el divorcio sea una pena; y por último, sostuvo Casación que el divorcio es de orden público interno.

Con respecto a este último argumento, que es el que tiene fuerza en esa argumentación, copio, para criticarlo, lo que dice sobre ese punto el Dr. Francisco Gerardo Yanes, en su "Memorandum de Derecho Internacional Privado": "No obstante el artículo 1368 del Còdigo Civil, que prohibe la trasgresión de las leyes relativas a divorcio y separación de cuerpos, juzgamos que esta prohibición es de la misma especie que las relativas al estado y capacidad de las personas. Como consecuencia, tendrá efecto permanente y extraterritorial respecto de los venezolanos que se casaren en el extranjero; pero por eso mismo, cederá en consideraciones equivalentes respecto del extranjero en Venezuela. La materia de divorcio y de separacion de cuerpos es de orden público absoluto; pero no en el sentido de que la ley imponga la disoluciòn del vínculo en determinados casos, sino en el de que no la permite fuera de estos casos, limitativamente establecidos. Conforme a esa opinión, los efectos del orden público serán sólo negativos, es decir, prohibirán que se declare disuelto un matrimonio fuera

de las causales contenidas en el artículo 152, aun cuando una causal distinta exista en la ley nacional de los esposos extranjeros, como el mutuo consentimiento en Bélgica; mientras que, aun cuando sea invocada una causal de la ley venezolana, no será consagrado el divorcio o la separaciòn si la ley de los esposos no consagra la causal. Contraria es la opinión de muchos tratadistas; pero casi siempre es debido a que el orden público se mira bajo el punto de vista del Derecho interno y nò del Derecho Internacional".

Creo, pues, que la ley aplicable al divorcio es la ley personal del matrimonio. Los mismos Asser y Rivier, que son partidarios de que el divorcio es de orden público interno y de que debe abrirse a todos los residentes, cualesquiera que sea la disposiciòn de su estatuto personal sobre el particular, dicen en su obra citada: "No càbe desconocer sin embargo que esta doctrina parece contraria al principo fundamental del estatuto personal, cuantas veces el juez de divorcio no pertenezca al país cuya ley rija el estado de los cónyuges; porque el estado de matrimonio o de celibato forma parte del estatuto personal. El juez del domicilio matrimonial deberá, aun aplicando su propia ley, *tener en cuenta el estatuto personal*".

En cuanto a las causales si es casi unánime la opiniòn de que no pueden aplicarse otras distintas de las que permita la *lex fori;* a lo cual agregan muchos que la causal debe ser también autorizada por la ley nacional de los cónyuges.

La Convenciòn de la Haya de 17 de julio de 1905 ha consagrado sobre estas cuestiones la siguiente doctrina: la demanda de divorcio o de separaciòn de cuerpos no puede ser intentada sino cuando éstos son admitidos a la vez por la ley nacional de los esposos y por la ley del lugar de la demanda (Art. 1º). No pueden ser demandados

sino cuando, en el caso de que se trate, sean procedentes aunque fuere por causas diferentes (Art. 2°). Si la *lex fori* lo prescribe o lo permite, se atenderá sólo a ley nacional (Art. 3°). (16)

[16] Este estudio fué publicado en la ilustrada revista "El Profesional" de San Felipe, en mayo de 1920; y fue reproducido con anotaciones del jurisconsulto español Dr. José García Fernández, en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Organo Oficial de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, en el número de noviembre de 1920, tomo 137, entrega V; y en la Revista "La Jurisprudencia al Día", de La Habana, número del 15 de mayo de 1921.

DISCURSO

DISCURSO

PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JUAN CARMONA, EN EL PARANINFO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, EL DIA 25 DE NOVIEMBRE, EN EL ACTO DE LA COLACION DE SU TITULO HONORIFICO DE DOCTOR EN CIENCIAS POLITICAS

Señor Ministro de Instrucción Pública

Señor Rector de la Universidad

Señores Vicerrector, Secretario y Profesores

Señoras

Señores

Permitidme que al encontrarme de nuevo en esta Ilustre Universidad, deje que mi palabra diga la emoción intensa que rebosa en mi espíritu. ¡Cuán inmensa es la alegría que me inunda el corazón al evocar aquellos días inolvidables de estudiante, cuando venía a este recinto augusto a someter mis afanes a la prueba decisiva, con una grande angustia que se trocaba siempre en alborozo; cuán fresco llevo el recuerdo de aquella tarde

de marzo en que, bajo el ambiente de esta Casa Solariega de la Sabiduría, coroné mis luchas con el examen final que me hacía acreedor al título profesional del Abogado; y cuán solemne y venturosa esta ocasión en que mi buena estrella me pone bajo el palio de honor del Paraninfo!

Oh, Ilustre Universidad de Caracas!: tus cúpulas que miran hacia el sol --símbolo de tu alto destino-- hablan al viajero de la serenidad de tu sabiduría; centinela de la civilización, en tí palpita siempre, en Cátedras y Academias, la luz del pensamiento nacional; tus muros seculares saben la historia gloriosa de las generaciones que lucharon y triunfaron en las lides de la Idea; por este tu Salòn de Honor has visto desfilar a los cruzados de la Ciencia envueltos en la bandera ideal de la Victoria; y como fuente inagotable de Verdad, generosa y ubérrima, mantienes tu ambiente milagroso lleno del vino más puro del espìritu, para que en él apuren su excelencia los eternos peregrinos del Saber.

Señores:

Se ha realizado una de mis aspiraciones más altas. La República recompensa hoy con creces mis desvelos, poniendo sobre mi nombre humilde el título de honor del Doctorado: ese título que la Patria reserva a los que luchan con fé y con decoro por el mayor fulgor de la Ciencia Nacional, y que me dá el derecho de incorporarme, aunque sea en el último rango, en las filas brillantes de los Universitarios.

Cuando la avalancha democrática ha derrumbado aquellas distinciones de castas que surgían de una injusticia profunda; cuando la tierra generosa ha sido fecundada con tanta sangre heroica para que germinara el árbol robusto de la igualdad humana; cuando ya no debe saber otra superioridad que aquella que emana de la selecciòn

espiritual, como en el pensar del filòsofo griego, el Doctorado, señores, que enaltece esa selecciòn, se conserva y perdúra y se ennoblece.

Pido a mi corazón fuerza suprema y luz clarísima a mi espíritu para mantener incólume este honor que en el presente día me otorga la República por el órgano muy alto de esta Ilustre Universidad!

Señores:

Las sociedades humanas, en todos los tiempos, han tenido normas y preceptos que regulan en el grupo la libertad individual. Esas normas constituyen el Derecho y la Moral; pero mientras que el Derecho ha sido caracterizado por una sanciòn positiva que se aplica a los que violan sus dictados, por un gendarme que hace cumplir la ley, la Moral tan sólo ha tenido, como garantía de su observancia, la sanción suprema de la conciencia, individual y colectiva, que le ha bastado para conquistar su eternidad.

El que viola una norma social debe responder de su falta. No existe ninguna condición, ninguna posiciòn, ninguna profesiòn, por elevada que sea, ha escrito Larombiére, que pueda atribuirse la irresponsabilidad y reivindicar para sí la impunidad.

El ejercicio profesional del abogado, menos que ninguna otra actividad humana, no podía escapar a las sanciones del Derecho y a los imperativos categóricos de la Moral.

Ante la ley, el abogado puede incurrir, por el mal ejercicio de su profesiòn, en responsabilidad civil o penal, según la naturaleza y las consecuencias de sus actos.

El principio general de que todo hecho del hombre que causa un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo, se aplica también a las faltas del profesional. To-

da culpa cometida por el abogado en el ejercicio de su profesiòn lo constituye en deudor de daños y perjuicios: ya sea esa culpa de comisión, como si el mandatario judicial renuncia el término de pruebas cuando aun no han sido realizadas las de su cliente, o de omisiòn, como en el caso de que se deje de interponer una apelación en el término de ley contra la sentencia desfavorable, responde igualmente el abogado del daño que de aquella acción o de esta omisiòn se haya de derivar para la víctima de sus faltas.

Pero no siempre son tan sencillos los casos en que el hecho ilícito dañoso del cual es culpable el abogado origina su responsabilidad civil. Surgen cuestiones de orden más complicado.

Se pregunta si puede hacerse responsable al abogado de su *error profesional.* Cuando ese error se confunde con la ignorancia misma de la ley, y cuando por esa ignorancia ha descuidado el abogado el cumplimiento de una formalidad perentoria, como el registro de una hipoteca, por ejemplo, la responsabilidad es clara, el hecho ilícito evidente, porque nadie debe ejercer una profesiòn sin los conocimientos de su Ciencia; pero si se trata de un error de apreciaciòn, de uno de esos errores, que, como explica Giorgi, provienen de la imperfección misma de la ciencia, entonces no puede hablarse de responsabilidad, porque es propio de la naturaleza humana el errar: un consejo, la pérdida de un pleito, aun cuando la perspicacia más sabia de nuevos consultores haya demostrado que siguiendo otros derroteros se hubiera conseguido la victoria, no obligan al abogado a la reparación del daño, siempre que se haya atenido a las leyes vigentes y haya cumplido con todos sus preceptos, porque tal daño no provendría ya de un hecho ilícito.

Cuando el abogado que patrocina una causa

la abandona porque luego de mejores estudios la reconoce injusta, ¿tendrá responsabilidad por su abandono? También en este caso es preciso hacer una distinción: si el abogado se retira intempestivamente de su defensa, si lo hace, por ejemplo, a raíz de la sentencia desfavorable sin dejar tiempo a su cliente para interponer su apelación, entonces procede contra el mandatario infiel la demanda por daños y perjuicios, por falta de cumplimiento de sus obligaciones contractuales; pero si el profesional se retira de la causa haciendo a su cliente la debida participaciòn, si quedan en salvo los derechos de éste, mal podría hablarse de culpa, porque, como anota Giorgi, el defensor qne declara lealmente que no puede sostener una causa injusta cumple con un deber y obedece a una regla santísima.

Cada vez, por tanto, que un abogado, por su culpa o negligencia, causa un daño a su cliente incurre en responsabilidad civil por daños y perjuicios; pues si es verdad que algunos teóricos del Derecho niegan esa responsabilidad, es porque confunden las dificultades prácticas de hacerla efectiva con su existencia misma.

También puede el abogado hacerse reo de un hecho criminal por el mal ejercicio de su profesión: la colusión con la parte contraria, la deslealtad bajo todas sus faces, son las faltas degradantes que la ley penal castiga con el nombre genérico de *prevaricación.*

Pero aún sin incurrir en el hecho ilícito civil ni en el delito criminal, puede el abogado violar las normas de la Moral Profesional, porque ésta, como decía Vico, es un círculo que tiene el mismo centro que el Derecho, pero una circunferencia mayor, por lo cual merecen la reprobación moral muchos hechos que no pueden caer bajo la sancion jurídica.

La Moral ha sido un patrimonio precioso de las colectividades: ha sido siempre tanto mayor la dignidad de un individuo cuanto mejor sabe cumplir aquellos preceptos. A veces, cuando las pasiones se desbordan y parece como si un vendabal hiciera vacilar en sus cimientos el mundo espiritual, pudiera creerse que la Moral naufraga; pero nunca falta el grupo privilegiado que mantiene encendida esa antorcha sagrada para pasarla más luminosa al triunfo del porvenir.

Las profesiones en que se ha dividido la actividad humana tienen todas una moral; y ninguno más obligado a respetar los cánones de la moral profesional que el abogado, a quien corresponde en la sociedad la defensa de los preceptos de justicia.

Salvo el hombre primitivo y el criminal nato, la humanidad mira siempre al Bien como a un sol del mundo moral. Por eso, cuando el abogado inaugura su vida profesional, se siente guiado por uu fuerte sentimiento de justicia, por un sincero amor a la verdad, por un respeto religioso a los fueros sociales y por un deseo intenso de que a su nombre se una el título de *justo*, que debe ser la más alta aspiraciòn de quien oficia en el sagrado altar de la Justicia.

Pero surgen las asechanzas del camino, los halagos de la fortuna, ligada a veces a un solo acto de injusticia, el temporal de las pasiones que se conjuran contra la recta razòn, y los débiles caen, muchas veces para no levantarse ya más en el camino que la conciencia señala. Escapar a las asechanzas, resistir esos halagos, dominar la tempestad que se desencadena en el fondo del alma, he ahí la lucha tremenda que ha de sostener constantemente todo el que quiera orillar el abismo que lo atrae.

Hay, en mi concepto, señores, dos factores

primordiales que hacen naufragar el patrimonio moral del abogado: la precipitaciòn y el orgullo.

El peligro inicial está muchas veces en la precipitaciòn. Inclinado por un sentimiento espontáneo, el abogado cree encontrar la justicia en la causa que su cliente le expone, y precisamente incurre más fácilmente en tal prejuicio cuanto más intrincada es la cuestiòn. Fascinado por su miraje halagador, se lanza el profesional al juicio, sin las investigaciones que la prudencia aconseja, y esa precipitación puede serle fatal. Más adelante descubre el abogado circunstancias que pudo y debió conocer, circunstancias que cambian su criterio y convierten su demanda en injusticia palpable, y es entonces cuando debe obrar con más fuerza el imperativo de la Moral Profesional: declare el abogado su error, sufra humildemente su fracaso, haga propòsito de enmienda y salve aun a su cliente de un desastre. Pero, precisamente, aquí surge el otro factor adverso en el camino que la conciencia indica: la vanidad se yergue, se revela el orgullo, y aún creyéndose honrado, continúa el culpable por una ruta en la cual no brillará ya más la estrella de la Justicia.

Claro está que hablo de los que delinquen sin premeditaciòn, de las víctimas de una precipitación inicial que se abroquela más tarde en el orgullo; pues aquellos, los que premeditan su delito, tienen guerra jurada a la verdad y han escojido por norma el atentado a la moral y al derecho.

En sus relaciones con sus clientes debe, pues, el abogado tener como norma invariable la Verdad: que si ella es dura a veces, nunca ha de arrepentirse quien la escoja como divisa para el combate y atalaya para la defensa.

Y en sus relaciones con los jueces debe considerarse el abogado como órgano de una gran funcion social: la Justicia. Su misiòn es investi-

gar la Verdad, nunca amparar el error; él debe ser un colaborador, pero jamás un obstáculo para los Tribunales. Cuántas veces el origen de los fallos injustos está en la manera còmo se ha obscurecido al juzgador el camino de la verdad!

Que nunca, colegas, se cierren nuestros ojos a la luz ni nuestro corazón al imperativo categòrico del Bien; y que en nuestro afán de cumplir sin debilidades el augusto precepto del Derecho, prefiramos, en toda ocasiòn, a la injusticia, al deshonor y a la claudicaciòn, el gesto soberano del jurisconsulto romano:

PRIMERO MORIR QUE MANCHARNOS. (17)

---

(17) Ayer en la mañana tuvo lugar en el Paraninfo de la Universidad Central de la República el conferimiento del título honorífico de Doctor en Ciencias Políticas, al abogado señor Juan Carmona. Al acto, que fué presidido por el señor Ministro de Instrucción Pública, quien colocó la medalla doctoral al joven Doctor, asistieron los Ministros de Relaciones Exteriores y de Fomento, con sus distinguidas familias, el Cuerpo Universitario, los Doctores de las Facultades, familias, estudiantes, prensa y amigos.

El triunfo académico del doctor Carmona fué celebrado en el Gran Hotel Caracas, donde se brindó una copa de champaña y se pasaron gratas horas de baile.

El doctor Carmona hizo sus estudios en la Escuela de Ciencias Políticas de esta Capital, recibiendo su título de Abogado, de la Corte Suprema del Distrito Federal, el día 9 de abril de 1920, y desde entonces ejerce su profesión, con marcado éxito, en la capital de Lara, donde desempeña también el cargo de Redactor en Jefe de nuestro colega EL IMPULSO.

Entre sus trabajos jurídicos merecen citarse "El Divorcio ante el Derecho Internacional Privado", publicado, con mención honorífica, en el Organo Oficial de la Academia de Jurisprudencia de Madrid; "La Codificación", que fue su tesis de Doctorado; y su brillante Discurso académico de ayer, sobre la responsabilidad profesional del Abogado, que publicamos hoy.

Felicitamos al nuevo universitario, que es el primero que alcanza el título de Doctor bajo el imperio de las leyes vigentes.

(*El Nuevo Diario*, Caracas, edición del 26 de noviembre de 1923).



INDICE

INDICE


00040019445
UNIVERSITY OF N.C. AT CHAPEL HILL